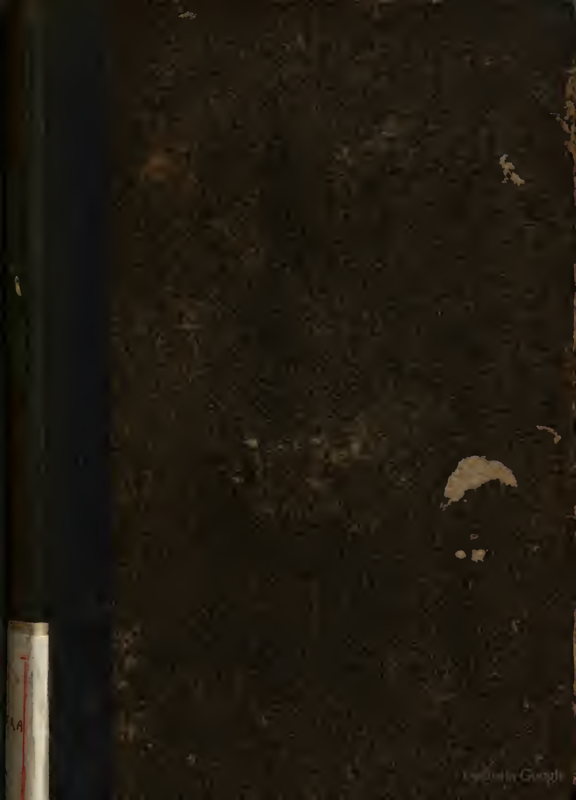



NAZIONALE
BIBLIOTECA
Raccolta
NICOTRA
B
26
VITTORIO EM. III
NAPOLI

Die

Lehre vom Schadensersatze

nach

Römischem Rechte.

Eine civilistische Abhandlung

von

J. N. v. Wening Ingenheim,

der Rechte Doktor und Privatdocent an der Universität zu Heidelberg.



Heidelberg,
Verlag von J. C. B. Mohr.
1841.



Herrn

D^r. jur. F. X. von Wening,

Ritter des königlich bayrischen Verdienstordens vom Heil. Michael,
Direktor des königl. bayr. Kreis- und Stadtgerichts Würzburg,

seinem

Oheim und zweiten Vater

widmet

diese Bogen als geringes Zeichen
treuester Liebe und Dankbarkeit

der Verfasser.

Vorrede.

Die nächste Veranlassung zu vorliegender Abhandlung gab der Wunsch, ein meinen Ansichten entsprechendes Lehrbuch den Vorlesungen zu Grunde zu legen, welche ich über die Lehre vom Schadensersatze nach römischem Rechte zu halten mir vorgesetzt.

Einiges mußte daher mündlicher Erörterung überlassen bleiben, bei Andrem genügte die Verweisung auf Allen bekannte Lehrbücher des römischen Rechts oder Monographien.

Unter der Bearbeitung erweiterte sich dieselbe in Manchem über die bei dem Entwurf lediglich aus diesem Gesichtspunkte gezognen Grenzen und gewann größeren Umfang.

Indem ich nun bei einer endlichen Ueberarbeitung des Ganzen auch die andern Parthien, um ihnen Gleichförmigkeit zu geben, in größerer Ausdehnung behandelte, gewann ich den Muth zu hoffen, daß das Buch nicht blos dem darnach Vorlesungen Hörenden brauchbar würde, sondern ein allgemeineres Interesse erhielte.

Mich leitete dabei die Ueberzeugung, daß in einer Materie, wie der des Schadensersatzes, vorerst weniger Neuheit der Ansichten, als eine durchgreifende Systematisirung des Vorhandenen Noth thue; in einer Materie sage ich, die mehr als jede andre in unsren Quellen zerstreut ist, in so vielen und mannichfachen Beziehungen vorkommt, darnach in verschiedner Weise angesehen wird und einwirkt, was auch der Grund dieser Zerstreuung ist, wenn gleich die Lehre auf allgemeinen Grundsätzen beruht.

Da nun auch kein Ereigniß so sehr das Recht und den Staat in allen seinen Theilen berührt, als der Schade überhaupt, und keine Lehre in so verschiedenartigen Beziehungen zu allen Momenten der Gesetzgebung und eines Rechtsverhältnisses steht, als die Lehre von den Schäden und deren Ersatz überhaupt, so glaubte ich auch einige Betrachtungen vom Standpunkte des natürlichen Rechts aus der Erörterung einzelner Bestimmungen des positiven Rechts beifügen zu dürfen, ohne damit die Grenzen einer civilistischen Abhandlung zu überschreiten.

Wenn Sachkenner entscheiden, daß ich dem in dieser Art gesteckten Ziele nicht zu ferne geblieben, so ist mein Zweck erreicht.

Heidelberg, Ostern 1841.

v. Wening Ingenheim.

Inhalt.

Zur Quellenkunde der Lehre vom Schadensersatze.

Vorjustinianeische Sammlungen.

Justinianeische Kompilation.

Nachjustinianeische Sammlungen.

Allgemeiner Theil.

Entwicklung der Begriffe des Schadens und Schadensersatzes.

Besondrer Theil.

Erstes Buch.

Entstehung des Rechtes auf Schadensersatz.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Uebersicht der Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz.

Zweiter Abschnitt.

Vom pactum als Grund des Rechtes auf Schadensersatz sowohl bei Kontraktsverhältnissen als außer solchen.

Dritter Abschnitt.

Entstehung der Verpflichtung zum Schadensersatze außer einem besondern pactum darüber.

Erste Abtheilung.

Außer Kontraktsverhältnissen.

Kapitel I.

Kapitel II.

Verbindlichkeit zum Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

Kapitel III.

Verbindlichkeit zum Schadensersatz wegen Eigenthum der beschädigenden Sache.

Zweite Abtheilung.

Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz bei Kontraktsverhältnissen des Beschädigers mit dem Beschädigten.

Kapitel I.

Schadensersatz als Nebenverbindlichkeit einer andern obligatio wegen culpa und mora.

Kapitel II.

Kapitel III.

Kapitel IV.

Zweites Buch.

Von dem Umfange des Schadensersatzes, oder dem Quantum der Entschädigung.

Anhang.

Von den Rechtsmitteln zur Erlangung des Schadensersatzes.

Zur
Quellenkunde der Lehre vom Schadensersatz.

Der positive Jurist findet als solcher zunächst seine Grundsätze und Erkenntnisse in den positiven Gesetzen, und die Quellenkunde einer Lehre nach positiven Gesetzen ist ihm nichts Anderes, als die vollständige Zusammenstellung aller in Beziehung auf den darzustellenden Gegenstand vorhandenen Gesetze. Je wichtiger und selbstständiger auf der einen Seite ein Rechtsinstitut ist, und je systematischer auf der andern die Gesetzgebung verfährt, desto einfacher und bestimmter ist auch die Quellenangabe, die Quellenkunde. Darum finden wir gewisse Lehren, z. B. des Privatrechts, beinahe in allen Gesetzgebungen in eigenen Titeln, Abschnitten, oder was immer für Abtheilungen, zusammengestellt, während andere Lehren dort und da in verschiedenen Abschnitten zerstreut vorkommen. Der Grund davon liegt nun freilich sehr häufig, ja meistentheils in der bessern oder minder guten Anordnung, welche die Gesetzbücher haben, und vergleichen wir etwa in dieser Beziehung das Corpus juris mit neueren Gesetzgebungen — welche gewaltige Verschiedenheit, welche Vorzüge der letztern! Indeß liegt auch gar oft, und dies darf man keineswegs übersehen — die Ursache der Zerstreuung einer Lehre darin, daß sie in vielen und mannigfachen Beziehungen vorkommt, hier und da auf eine verschiedene Weise angesehen wird und einwirkt, wenn sie auch auf allgemeinen Grundsätzen beruht.

Sehr mißlich steht es in dieser Hinsicht mit der Quellenkunde unserer Lehre im römischen Rechte, und man kann wohl sagen, es treffe dabei Alles zusammen, was die Zerstreuung einer Lehre bewirken mag. So viel ist gewiß, daß z. B. die Lehre der Beschädigung in und außer Kontrakten sogleich zu einer Zersplitterung An-

laß giebt, da das römische Recht die Beschädigungen außer Kontrakten wenigstens hauptsächlich in der **Lex Aquilia** zusammenstellt und noch dazu einen Titel über Beschädigungen durch Thiere giebt. Wenn man endlich auch keine zusammenhängende Darstellung über den Schaden und seine Eintheilungen, und vorzüglich über den Umfang des Ersatzes gegeben findet, (denn was soll der arme Titel des **Codex de sententiis, quae pro eo etc. (7, 47.)** für allgemeine durchgreifende Ansichten geben?), so kann man offenbar nichts Anderes, als eine Unordnung der Gesetzgebung gewahren. Dennoch erkannte man eine solche gar lange nicht darin, und bis auf unsere Zeiten herab haben Legislationen niemals, und Rechtsgelehrte nur ein Paarmal, die Lehre des Schadensersatzes als ein Ganzes in allen Beziehungen aufgefaßt und dargestellt.

Sehr Vieles haben die Gesetzgebungen unserer Tage hierin geleistet. Das preußische Gesetzbuch z. B. giebt im sechsten Titel des ersten Theiles, verbunden mit dem dritten Titel bis §. 40 und dem fünften Titel §. 277 bis §. 297 eine ziemlich vollständige Zusammenstellung der Lehre des Schadensersatzes.

Noch bestimmter und gedrängter und schon durch die Aufschrift bezeichneter ist das österreichische Gesetzbuch, in welchem das ganze dreißigste Hauptstück des zweiten Theils in 49 §§. von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugthuung handelt, obwohl außerdem hier und dort durch das ganze Gesetzbuch natürlich noch einige Stellen über diese Materie vorkommen.

Im **Code Napoléon** ist die ganze Lehre, ohnehin nicht vorzüglich bearbeitet, wiederum völlig zersplittert, und die **Sect. 4, Chap. 3**, des Titels 3, **livre III**, in welchem man nach dem Anfange der Aufschrift: **des dommages et intérêts** eine Darstellung des ganzen Schadensersatzes erwarten sollte, handelt blos vom Verzuge, wie auch das Ende der Aufschrift — »**résultant de l'inexécution de l'obligation**« sogleich zeigt. Einiges kommt dann über den Ersatz, einige wenige Stellen bei den einzelnen Kontraktsverhältnissen ungerechnet, in der vorhergehenden 2ten und 3ten Section und noch das Meiste im 4ten Titel desselben Buches, **chap. 2 de délits et des quasi-delits** in 5 §§. vor. In neuester Zeit richten die badische und würtembergische Gesetzgebung endlich auf diese Lehre ihr Augenmerk, was zu großen Hoffnungen berechtigt.

Unstreitig die zahlreichsten Stellen und Verordnungen über unsere Materie finden sich im Corpus juris.

Um nicht meist einzelne Fragmente oder Konstitutionen anführen zu müssen, was offenbar weit besser bei den einzelnen Lehren geschieht, stellen wir hier blos die Titel zusammen, welche sich entweder ganz auf die Lehre vom Schadensersatze beziehen, oder in denen wenigstens Vieles darüber enthalten ist. Was wir außer der justinianeischen Kompilation von früheren Gesetzen und Gesetzessammlungen der Römer besitzen, enthält im Ganzen Weniges und Unbedeutendes für die Lehre des Schadensersatzes, die sich daher keineswegs der großen Aufschlüsse durch die Rechtsgeschichte erfreuen kann, welche Studium und Darstellung anderer Rechtsinstitute trefflich erleichtern.

Vorjustinianeische Sammlungen.

Dürftig sind diese Quellen insgesammt für unsere Lehre, und nur mit einzelnen Sätzen und Stellen müssen wir Uns begnügen, die wir dort und hier über den Gegenstand zerstreut finden.

I. Das 12 Tafel-Gesetz. [1]

Es enthält auf der zweiten Tafel in dem 4ten [2]) und 5ten Gesetze vieles Merkwürdige für unsere Lehre. Insbesondere muß das 4te Gesetz wegen seines Zusammenhanges mit fr. 4. §. 1. D. ad L. Aq. (9, 2.) sehr berücksichtigt werden. [3])

Aus der dritten Tafel ist vielleicht das erste Gesetz anzuführen, merkwürdig wegen der spätern Beschränkung des doppelten Ersatzes auf viel wenigere Fälle. fr. 1, depos. (16, 3.). Die folgenden

1) Vgl. E. Dirksen Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der 12 Tafel-Fragmente.

2) Nach Bouchaud Comment. ed. 2. p. 344. t. I.

3) Vgl. Cujacius in observ. lib. XIV, 15. Noodt in observ. I, 15. in Probab. I, 19. ad L. Aq. cap. 5. Schult. ad. Paul. V, 23. §. 9. Gothofr. (Jac.) in 4 font. jur. civ. in not. ad tab. 2. Genev. 1653. p. 194. Macrob. lib. I. Saturn. cap. 4. Bach histor. jur. rom. edit. 6. Lips. 1807. p. 39. Otto thesaur. III. p. 84. et 164. Bachov ad Treutler. vol. II. disp. 30. thes. 2. litt. B. oder Godefroi l. c. pag. 58. Zum 5ten Gesetz vergleiche fr. 5. §. 2. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 23, de furtis (47, 2.) fr. 9. §. 2. de minoribus (4, 4.)

Gesetze dieser Tafel aber über die dem Schuldner bestimmten Zahlungsfristen möchten nicht undeutlich zu erkennen geben, daß die Lehre von der **mora** damals noch gar nicht juristisch gewürdigt ward, sondern erst später sich herausbildete. Sehr haben wir zu bedauern, daß Uns die 7te Tafel nicht ganz erhalten ist. Merkwürdig ist darin die Lehre von der **pauperies**. **Damnum injuria datum** und **injuria** mußten demnach schon unterschieden seyn. Das Rechtsinstitut der **pauperies** liegt vollkommen schon in diesen Gesetzen, und die heutigen römischen Ansichten enthalten blose Modifikationen und Verfeinerungen der Lehre.

Das zweite Gesetz dieser Tafel handelte wohl vom **damnum injuria datum**; denn gewiß ist, daß die beiden Worte **damnum** und **sarcito** vorkommen. Vgl. auch **fr. 1. ad L. Aq. (9, 2.)** Restituirt kann das Gesetz nicht weiter werden, als: »**si injuria rupitias — sarcito**«. So liest Bouchaud [1]. Mit welchem Grunde Gothofred (**Jac.**) ein **ast si casu** hinzusetzt, und dann liest: »**si injuria rupitias — ast si casu, sarcito**«: ist nicht einzusehen. Bouchaud sagt: »**Nous ne voyons pas, d'après quelle autorité ce savant adjointe le cas ou le dommage a été commis par accident; ce qui ne fait que rendre plus difficile l'interprétation de la loi.**«

Indeß läßt sich doch Etwas für Gothofred sagen. Nämlich im dritten Gesetz dieser Tafel findet sich ein ähnlicher Fall, nach welchem der Beisatz »**ast si casu**« vorkömmt, woferne anders das Gesetz genau so hieß, wie es Gajus anführt, in **fr. 9, de incendio, ruina etc. (47, 9.)** [2]. **Qui aedes acervumque frumenti ad aedes positum dolo sciens incensit, victus verberatus igni necatur: ast si casu, noxiam sarcito etc.** nach Gothofred. Dann müßte man aber analog annehmen, daß das **damnum injuria datum** härter gebüßt ward, wenn es auf einem **dolus** beruhte, hingegen bloser Ersatz beim **casus** eintrat, wozu wohl alle Schuld ohne Unterschied, die nicht **dolus** war, gehörte. Und dies wäre nach dem Geiste des 12 Tafelgesetzes so unwahrscheinlich nicht. Höchst merk-

---

1) Pag. 6. II. Festus, vocab. rupitias, sarcito.

2) Bouchaud l. c. II. p. 18 liest: Quei aides acervomque frucmenti ad aides positom dolo sciens endocensit. vinctos verberatosque icnei necator. sei imprudens sei dolo malo damnom duit. nocsiam sarcito etc.

würdig ist auch dieser Gegensatz von dolus und casus, welcher letztere, wie es scheint, Alles umfaßt, was nicht Absicht ist. Vielleicht dürfte man daraus nicht unwahrscheinlich schließen, daß das Mittelglied der culpa damals noch nicht juristisch herausgehoben worden, so daß etwa nur der reine Zufall vom Ersatz ausgeschlossen war. Aber selbst dieses Letzte möchten wir bezweifeln, und lieber glauben — wo immer bei einer Beschädigung ein Mensch im Hintergrunde stand, und nicht die blose Natur wirkte, mußte jederzeit der Beschädiger büßen.

Auch über den durch Abweiden der Thiere entstandenen Schaden enthielt das dritte Gesetz dieser Tafel eine Verordnung, was sie aber bestimmt, ist unbekannt. Conf. fr. 14. i. f. de praescr. verb. (19, 5.). Quei pecu endo alieno impescit liest Bouchaud. [1])

Das letzte Gesetz der 12ten Tafel enthält noch den Ausspruch über die noxae datio bei Sklaven.

Merkwürdig ist die historische Veränderung, die sich in der Zeit hinsichtlich der Wissenschaft des Herrn ergab. fr. 2. §. 1. de noxal. act. (9, 4.) Bouchaud liest: [2]) Sei servos sciente domino fourtom fascit nocsiamve nocsit nocsai deditod. [3])

II. *Gaji institutionum commentarii IV.* [4])

Wir führen die für unsre Lehre wichtigen Titel an in Vergleichung mit den Institutionen Justinians nach der Ausgabe von Aug. D. Klenze und Ed. Böcking. Berlin 1829.

Tit. Inst.	*Gaj. Inst. Comment.*
Quibus modis re contrah. oblig. (3, 15.)	Comment. III. §. 90, 91.

1) l. c. II. pag. 16.

2) l. c. II. pag. 374. Conf. Noodt lib. sing. ad L. Aq. cap. 10.

3) Vergl. überhpt. Walter Rechtsgesch. Bd. I. S. 90. ff. Zimmern, Gesch. d. röm. Privatr. Bd. I. §. 29, 30. Hugo, Rechtsgesch. S. 97. ff. Warnkönig, Vorschule d. Inst. u. Pand. S. 50. Danz, Lehrb. d. Gesch. d. röm. R. I. Thl. S. 61.

4) Zimmern a. a. O. Bd. 1. §. 93. Hugo im civ. Magaz. Bd. II. S. 358 ff. Desselb. Rechtsgesch. S. 878 ff. Göschen ed 2. Berol. 1824. Gans, Scholien zu Gajus. Hefter, Bonn 1830. Bonner c. j. antej. fasc. I. Danz a. a. O. S. 98. v. Vangerow, Leitfaden I. Thl. S. 2. Buchhardi, röm. Staats- und Rechts-Gesch. Stuttg. 1841. S. 8.

De oblig. quae ex delicto.
(4, 1.) . . . . Comm. III. §. 182—208.
De L. Aquil. (4, 3.) . . . . Comm. III. §. 210—219.
De nox. act. (4, 8.) . . . . Comm. IV. §. 75—81.

Nach der sehr veränderten Bearbeitung im Breviarium Alaricianum [1]) sind vorzüglich merkwürdig l. II. tit. 9. proem., verglichen mit tit. 10. eod. §. 1.

III. *XXIX tituli ex corpore Ulpiani.* [2])
Die s. g. fragmenta Ulpiani.

Sie enthalten außer tit. 6, über die Impensen, nichts Besonderes für unsre Lehre, eben so wenig als der

IV. *Theodosianus codex.* [3])

Mit Ausnahme etwa der Const. 2, de custodia reorum (9, 3.). [4])

V. *Collatio legum Romanarum et Mosaicarum.* [5])
(Lex dei.)

Tit. 1.
— 2. §. 2.
— 7. §. 3.
— 10. §. 2.
— 12. §. 7.

VI. Aus dem Westgothischen Rechtsbuche für Römer
(Breviarium Alaricianum)

sind für uns nur wichtig

---

1) jus civile Antejustinianeum. Berlin 1815. Vergl. Haubold inst. litter. p. 278. (Lips. 1809.)

2) Hugo, Magazin IV. No. 13. Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. I. No. 13. Hugo editio quinta. Berol. 1834. Böcking, Bonn 1831. Bonner corp. jur. antej. I. pag. 121 ff.

3) Ursprünglich nur aus der westgothischen Sammlung bekannt. J. Gothofr. Kommentar, herausgeg. von Ritter. Durch Peyrons und Klossius Entdeckungen vervollständigt. Puggè, Bonn 1825, gab die neuern Entdeckungen heraus. G. Haenel, Codex Theodosianus. Danz, a. a. O. S. 117. v. Vangerow, S. 6. c. j. antej. fasc. II. p. 81. u. fasc. III. Buchardi a. a. O. §. 140.

4) Vergl. Theor. d. culpa von v. Löhr, S. 6.

5) Cannegieter, Francof. 1765. Biener im Berlin. j. c. antej. II. pag. 1417. Bluhme, im Bonner corp. j. antej. fasc. I. pag. 305.

Pauli receptae sententiae. [1])

Lib. I. tit. 4. §. 1.
— — 8. §. 1.
— — 13. §. 6.
— — 15.
— — 19. §. 1.
Lib. II. tit. 4. §. 3.
— — 7.
— — 12. §. 6 u. 7
— — 13. §. 1.
— — 16.
— — 31. §. 9 u. 23.

VII. *Lex Romana Burgundionum.* [2])
(Papiani liber responsorum.)

Tit. 14.

Tit. 15. i. f., worin eine seltsame Anwendung der L. Aq. enthalten ist.

Justinianeische Kompilation.

I. *Institutiones.*

Tit. Quibus modis re contrahitur obligatio. (3, 15.)
Tit. De obligationibus quae ex delicto nascuntur. (4, 1.) [3])
Tit. De Lege Aquilia. (4, 3.)
Tit. De obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur. (4, 5.)
Tit. De noxalibus actionibus. (4, 8.)
Tit. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (4, 9.)

II. *Digesta.*

Tit. De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat. (2, 10.) [4])

---

1) Hugo, Berl. 1795. Biener, im Berl. jus civ. antej. pag. 103. Bonner c. j. a. pag. 41.

2) Biener, im Berl. jus civ. antejust. p. 1501. v. Savigny, Gesch. d. röm. R. 2. Seite 24. v. Vangerow a. a. O. Seite 7. Danz a. a. O. Seite 120. Buchardt a. a. O. §. 155.

3) Ueber die Aufschrift s. Otto Comment. ad Inst. Frankf. et Lips. 1743. p. 481 und die not. 1 in edit. Gebauer.

4) Die Klage aus diesem Edikte des Prätors geht auf wahren Schadensersatz

Tit. Si quis cautionibus in judicio sistendi causa factis non obtemperaverit. (2, 11.) (Conf. fr. 2. §. ult. (2, 8.) u. fr. 12. §. 1. h. t.)
Tit. De dolo malo. (4, 3.) [1]
Tit. De alienatione judicii mutandi causa facta. (4, 7.)
Tit. Nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. (4, 9.) [2]
Tit. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur. (9, 1.)
Tit. Ad Legem Aquiliam. (9, 2.)
Tit. De his, qui effuderint, vel dejecerint. (9, 3.)
Tit. De noxalibus actionibus. (9, 4.)
Tit. De servo corrupto. (11, 3.) [3]
Tit. Si mensor falsum modum dixerit. (11, 6.)
Tit. De in litem jurando. (12, 3.)
Tit. De condictione furtiva. (13, 1.)
Tit. De condictione triticiaria. (13, 3.) [4]
Tit. De Lege Rhodia de jactu. (14, 2.)
Tit. De aedilitio edicto. (21, 1.)
Tit. De evictionibus etc. (21, 2.)
Tit. De usuris etc. et mora. (22, 1.)
Tit. De obligationibus et actionibus. (44, 7.)

---

und unterscheidet sich dadurch von derjenigen, welche — eine wahre Pönalklage — im tit. ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat. (2, 7.) enthalten ist. Vergl. Janus a Costa in Comment. ad Inst. Lib. III. tit. 6. §. 12. Hinsichtlich des Beklagten ist sie freilich auch zum Theil Pönalklage. Vergl. Noodt im Comment. lib. 2. tit. 10. Dig.

1) Zunächst freilich geht dieser Titel auf die restitut. in integrum ex capite doli. Doch ist er hier anzuführen, da die actio ex dolo auch auf das id quod interest geht. fr. 18. §. 1. u. 4. h. t. fr. 19. (46, 8.)

2) Ueber die seltsame Stellung dieses Titels, welche das Wort receptum veranlaßte, s. Cujacius in Paratitla ad Pand. h. t. und lib. 23. observ. cap. 16. Dagegen Heineccius in opusc. posth. de histor. Edict. Ed. que perpet. pag. 423. not. a.

3) Die Klage aus diesem Edikte ist eine gemischte Klage, ohngeachtet des fr. 13. pr. h. t., dessen Ende Bynkershoek in observ. lib. I. cap. 13. für eingeschoben hält. S. dagegen van Vryhoff observ. jur. civ. cap. 4.

4) Vergl. darüber Noodt in Comment. ad Dig. h. t.

Tit. De verborum obligationibus (45, 1.) *)
Tit. Dig. Ratam rem haberi etc. (46, 8.)

Das ganze 47te Buch, welches von Privatdelikten handelt, ist für unsere Lehre von größter Wichtigkeit, und enthält gar Vieles, was genaue Durchlesung unentbehrlich macht. So mag man außerdem mit einer richtigen Ansicht des Verhältnisses der Privatstrafen zu dem wahren Ersatze, von dem Verhältnisse der Ehren- zur Vermögens-Verletzung nicht zu Stande kommen. Auch gehen die Klagen aus mehreren einzelnen darin vorkommenden Titeln nicht blos auf Strafe, sondern auch, oder geradezu auf Schadensersatz, so z. B. furti adversus nautas etc. (47, 5.) Arborum furtim caesarum (47, 7.) de tigno juncto (47, 3.) etc.

In dem Titel de Verborum Significatione finden sich über die Worte, welche bei unserer Lehre vorkommen, wenige, nicht sehr bedeutende Erklärungen. Nur 6 Stellen sind herauszuheben:

fr. 79, fr. 179, fr. 193, fr. 213 §. 2, fr. 223, pr. fr. 126.

In dem Titel de Regulis Juris beziehen sich hauptsächlich 22 fragm. auf unsere Lehre:

fr. 23, fr. 24, fr. 36, fr. 39, fr. 47, pr. fr. 55, fr. 63, fr. 88, fr. 111 §. 1, fr. 127, fr. 132, fr. 134 §. 1, fr. 151, fr. 152 §. 3, fr. 155 §. 1, fr. 157 §. 2, fr. 169 pr. fr. 173 §. 2, fr. 186, fr. 198, fr. 203, fr. 106.

III. Codex.

Tit. De dolo malo. (2, 21.)
Tit. De Lege Aquilia. (3, 35.)
Tit. De noxalibus actionibus. (3, 41.)
Tit. De condictione furtiva. (4, 8.)
Tit. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur. (4, 17.)
Tit. De aedilitiis actionibus. (4, 58.)

*) Dieser und der vorhergehende Titel enthalten vorzüglich viele Stellen für unsere Lehre, der letzte über die mora wenigst eben so viel, als jener, worin sie der Aufschrift nach abgehandelt wird.

Tit. De in litem jurando. (5, 53.)
Tit. De sententiis, quae pro eo, quod interest, proferuntur. (7, 47.)
Tit. De fructibus et litium expensis. (7, 51.)
Tit. De evictionibus. (8, 45.)
Tit. Quando civilis actio criminali praejudicet et an utraque ab eodem exerceri possit. (9, 31.)

Nachjustinianeische Sammlungen.

I. Theophili Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum Caesarearum.

Wenn gleich nicht als eine neue Gesetzsammlung, so ist doch diese Arbeit des Antecessor, als eines Zeitgenossen Justinians und Mitarbeiters an dessen Kompilation, gerade zum Behufe unsrer Lehre ganz vorzüglich merkwürdig, und viele Stellen derselben verbreiten besonderes Licht darin.

Τιτλος. Τίσι τρόποις ἡ ἐν πράγμασι συναλλάττεται ἐνοχή. Edit. Reitz. p. 616. (quibus modis re contrahitur obligatio.) (3, 14.)
Τιτλ. περὶ ἀγορασίας καὶ πράσεως. p. 674. (De emtione et venditione. (3, 23.) §. 3.
Τιτλ. περὶ μισθώσεως καὶ εκμισθώσεως. p. 688. (De locatione et conductione.) (3, 24.) §. 5.
Τιτλ. περὶ κοινωνίας. (De societate. (3, 25.) §. 9. p. 695.
Τιτλ. περὶ ἐνοχῆς ὡσανεὶ ἀπο συναλλάγματος. (De obligationibus, que quasi ex contractu. (3, 27.) §. 1 u. 7. p. 707 — 712.
Τιτλ. περὶ ἐνοχῶν τῶν ἀπὸ ἁμαρτίας γινομένων ἤτοι φυομένων. (De obligationibus quae ex delicto nascuntur. (4, 1.) p. 726.
Τιτλ. περὶ νόμου ἀκουϊλίου. (De Lege Aquilia (4, 3.) p. 753.
Τιτλ. περὶ ἐνοχῶν ὡσανεὶ ἀπὸ ἁμαρτίας φυομένων. (De obligationibus quae quasi ex delicto. etc. (4, 5.) p. 778.
Τιτλ. περὶ βλαβερᾶς ἀγωγῆς. (De noxalibus actionibus. (4, 8.) p. 852.

Τιτλ. ἐὰν τὸ τετράποδον ζημίαν ποιῆσαι λέγεται. (Si quadrupes paup. fec. dic. (4, 9.) p. 858.

II. Aus den Basiliken.

Der Kürze halben bezeichnen wir blos in Gegenüberstellung der Pandekten- und Codex-Titel die Titel der Basiliken mit den Zahlen des Buches und des Titels derselben nach der Ausgabe Fabrots. Paris 1647, in 7 Bänden. Das vorkommende Suppl. bezeichnet nach Hugos Tabelle (Civil. Magaz. II. 18, edit. 3. p. 403—409 die verlornen und so viel möglich supplirten Stellen:

Tit. Dig.	*Basil.*	*Edit. Fabr.*
De eo per quem factum erit, quominus. (2, 10.)	VII, 15.	I, 365.
Si quis in judic. sist. (2, 11.)	VII, 16.	I, 367.
De dolo malo. (4, 3.)	X, 3.	I, 598.
Naut. caup. (4, 9.)	LIII, 1.	VI, 643. (suppl.)
Si quadr. (9, 1.)	LX, 2.	VII, 34.
De Leg. Aq. (9, 2.)	LX, 3.	VII, 42.
De his qui effud. (9, 3.)	— 4.	— 116.
De nox. act. (9, 4.)	— 5.	— 128.
De serv. corr. (11, 3.)	— 6.	— 184.
Si mens. fals. mod. (11, 6.)	— 9.	— 235.
De in lit. jur. (12, 3.)	XXII, 6.	III, 204.
De cond. furt. (13, 1.)	LX, 10.	VII, 243.
De cond. tritic. (13, 3.)	XXIV, 8.	III, 571.
De L. Rhod. (14, 2.)	LIII, 3.	VI, 647. (suppl.)
De aed. edict. (21, 1.)	XIX, 10.	II, 396. suppl. cf. addenda ad lib. 19, t. 10. pag. 659.
De evict. (21, 2.)	XIX, 11.	II, 406. suppl. cf. addenda pag. 660.
De usur. et fruct. (22, 1.)	XXIII, 3.	III, 375.

De O. et A. (44, 7.) Diesen Titel siehe restituirt für die Basiliken in Meermann thes. V. p. 96, als den 1ten Titel des 52. Buches.

De V. O. (45, 1.) In diesem blos aus der Synopsis von Fabrot aufgenommenen Titel (III, pag. 747.) fehlen die für uns bedeutendsten Stellen. Hier verläßt uns auch Meermann.

Tit. Dig.	*Basil.*	*Edit. Fabr.*
Rat. rem hab. (46, 8.)	IX, 11.	I, 572.

Die vom 47ſten Buch hierher gehörigen Titel finden ſich in dem 60ten der Baſiliken. VII. 273 ff.

De V. S. (50, 16.)	II, 2.	I, 39.
De R. J. (50, 17.)	II, 3.	I, 72.

Tit. Codicis.	*Basil.*	*Edit. Fabr.*
De dol. mal. (2, 21.)	X, 3.	I, 609.
De L. Aq. (3, 35.)	LX. 3.	VII, 65.
De nox. act. (3, 41.)	— 5.	VII, 141.
De cond. furt. (4, 8.)	— 10.	— 247.
Ex del. defunct. (4, 17.)	XXIV, 7.	III, 569.
De aed. act. (4, 58.)	XXIX, 10.	II, 401.
De in lit. jur. (5, 53.)	XXX, 15.	V, 183. (suppl.)
De sent. quae pro eo. (7, 47.)	IX, 1.	I, 460.
De fruct. et lib. exp. (7, 51.)	IX, 3.	I, 513.
Quando civ. act. (9, 31.)	LX, 62.	VII, 913.

III. Michaelis Pselli

Synopsis legum. ed. Fr. Bosquet, in Meermann thes. I. p. 43 ff.

In Vers. 110—115.
— 175.
— 315. sq.
— 352.
— 493—510.
— 520—524.
— 614.
— 831—834.
— 1108.

IV. Michaelis Attaliatae

Synopsis (ποίημα νομικὸν) in ed. Leunclav. cur. Freher. Frankf. 1596. II. p. 1—71.

Tit. 7. (De societate.) in init. pag. 11.
Tit. 8. (De act. commod. et depos.) pag. 11.
Tit. 13. (De act. loc. et cond.) in f. pag. 13.

Tit. 48. (De exercercitor. et magistr. etc.) pag. 43.
Tit. 55. (De quadrupedibus si paup.) pag. 48.
Ohngeachtet dieser beschränkten Aufschrift handelt der Titel doch auch von der L. Aquil., den Noralklagen und der act. de effus. et dej.

V. Harmenopuli

Promptuarium. (πρόχειρον) ***ed. Dion. Gothofred.*** **1587.**

Lib. II. tit. 3. i. f. de rei interitu. pag. 142.
— II. — 10. de usu seu commod. pag. 195.
— II. — 11. de reb. nautic. pag. 199.
— III. — 3. de emt. et vend. §. 14, 21, 63, 70, 97.
— III. — 5. de mutuo et pignore. §. 19, 21, 22.
— III. — 8. de locat. etc. §. 5, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 28, 30, 40, 41.
— III. — 9. de deposito. §. 13 — 15.
— III. — 10. De societ. §. 12, 13, 20.
— IV. — 8. de jure dotis. §. 3.
— V. — 8. de heredibus. §. 62, 71, 76.
— V. — 11. De tutoribus. §. 51.
— VI. — 1. De damno.
— VI. — 6. de homicidis. §. 2.

VI. Leges agrariae.

(coloniariae rusticae — νόμοι γεωργικοὶ κατ' ἐκλογὴν βιβλίων τοῦ θείας λήξεως Ιουστινιανοῦ. *)

Tit. De quadrupedum pauperie. p. 260.
Tit. De damno. p. 261.
Tit. De duarum quadrupedum pugna, sive impulsu, sive damno. p. 262.

---

*) Cf. Bach. historia etc. ed. 6. pag. 638. §. 25. V. Leunclav. l. c. II. p. 256. ff.

Allgemeiner Theil.

Entwicklung der Begriffe des Schadens und des Schadensersatzes.

I. Nach natürlichen Principien.

§. 1.

Schade, oder wie Andre wollen, „Schaden“ bezeichnet seiner Wortbedeutung nach jeden möglichen Verlust, der uns durch was immer für eine Kraft oder Gewalt, sie mag in uns oder außer uns liegen, zugegangen ist. Dieser weite Begriff kann beliebig wiederum verengt werden und unter den mannigfachsten Wendungen erscheinen. Zuweilen drückt man alle Nachtheile der Verletzungen damit aus, welche an unserem Zustand als Person — Körper, Ehre, Freiheit ꝛc. — geschehen, und versteht dann schlechthin Alles darunter, was eine Absicht, die wir bei nicht erfolgter Verletzung hätten erreichen wollen oder können, vereitelt hat, selbst den entgangenen Gewinn. Und dies erstreckt sich nicht nur auf alle Rechtsgegenstände, sondern auch auf die Rechte selber, wie man denn auch vom Schaden redet, wenn man in seinem Recht angegriffen wird, obgleich die Rechtsgegenstände dann wohl immer im Hintergrunde liegen. Oft wird die unserem Vermögen zugegangene Verletzung insbesondere Schade genannt, als eine Zerstörung von Vortheilen, die uns durch bereits gewährten Genuß schätzbar geworden sind. Die Verringerung des wirklichen Vermögens ist Hauptgesichtspunkt des Schadens in diesem Sinne. In der engsten Bedeutung endlich schränkt man das Wort auf die Folgen der Verletzungen an wirklichen Körpern ein, wodurch der Begriff auf ein materielles Objekt beengt wird. Die Größe des jedesmal zugegangenen Schadens hebt bei Sachen oder überhaupt am wahren Vermögen den Begriff des Schadens nie auf, es mag

die Beschädignng bedeutende oder unbedeutende Spuren hinterlassen, oder gänzlichen Untergang zur Folge gehabt haben. Bei Verletzungen an Personen hingegen endet der Begriff des Schadens nach dem Sprachgebrauch da, wo eine gänzliche Vernichtung der physischen Existenz eintritt. Bei diesem unbestimmten Umfang und Inhalt des Wortes „Schaden" können wir für unsere Lehre erst dann einen festen Begriff erhalten, wenn zuvor noch das Wesen des Ersatzes erklärt sein wird, um dann beide Begriffe unter den einzigen des Schadenersatzes zu vereinigen.

§. 2.

Ein so weiter Begriff wie der des Schadens muß nothwendig auch viele Eintheilungen zulassen. Sowohl wichtig für unsre Lehre, als hervorgehend aus der Natur der Sache scheinen uns folgende zu seyn.

Bei jedem Schaden erscheint eine Ursache als Grund der Beschädigung; eine Wirkung dieser Ursache, als der Schaden selbst und ein Objekt, an dem diese Wirkung durch die Ursache hervorgebracht wird. Darnach wollen wir die Eintheilung versuchen.

A. Was die Ursache betrifft, so ist sie

1) eine unabwendbare — Naturereigniß, als dessen Folge der zufällige Schade hervorgeht, **damnum casuale.** Der Charakter dieses Schadens ist doppelt:

a) Man konnte denselben nicht vorhersehen — zufälliger, unvorhersehbarer Schade, **damnum casuale ex re improvisa**, wohin der Fall gerechnet werden muß, wenn eine Person wirklich handelt, Schaden stiftet, aber schuldlos ist, z. B. der Schütze, welcher Jemand auf einer Schießstätte verwundet, der ihm durch den Schuß läuft; oder

b) man war, wenn man ihn auch vorhergesehen hat, im Kampfe gegen die stärkere Natur ihr unterliegend, denselben abzuwenden nicht im Stande: zufälliger unvermeidlicher Schade, **damnum casuale invincibile.** Ob hierher zum zufälligen Schaden überhaupt der durch ein Thier, einen **furiosus**, ein Kind gestiftete zu zählen sey oder nicht, ist Unten zu entwickeln.

2) Die Ursache war ein vernünftiges freies Wesen — der Mensch. Das ausgezeichnete Moment des durch ihn verursachten Schadens ist,

daß die Vernünftigkeit entweder **wirklich als unmittelbarer Grund** der Beschädigung angesehen werden muß, oder doch vorhanden seyn und wirken konnte oder sollte. Denn auch das vernünftige Wesen, der Mensch kann ohne Zweifel, sofern er auch physisches Wesen zugleich ist, einen zufälligen Schaden verursachen, wie irgend ein anderer Körper, z. B. durch einen Fall. Betrachtet man dabei die Form der schädlichen Handlung in Beziehung auf den Staat, so ist dieselbe

a) eine erlaubte, rechtliche, woraus **damnum indirectum**, oder

b) eine unerlaubte, widerrechtliche, woraus **damnum directum** entspringt, und zwar entweder

α) durch Vorsatz des beschädigenden Subjects, vorsätzlich verursachter Schaden, **damnum directum dolosum**, oder

β) durch Fahrlässigkeit, durch ein Verfahren ohne bösen Vorsatz, **damnum culposum.** Beide letztern zeigen sich

aa) in einer widerrechtlichen Handlung im engern Sinne (**damnum directum faciendo datum**), oder

bb) durch eine widerrechtliche Unterlassung, (**damnum directum non faciendo datum.**)

Ungültig wäre aber, wie wir glauben, die Eintheilung 1) in dem freien verschuldeten und freien unverschuldeten Schäden, als beruhend auf einer schädlichen freien Handlung mit Arglist oder Fahrlässigkeit, oder ohne eines von Beiden. Denn wo bei einer Handlung weder Absicht noch ein Wissen der eintretenden Folgen, also in Bezug auf die hervorgebrachte Wirkung kein Wille und keine Einsicht da war, ist von einer Handlung (freien?) in Beziehung auf die hervorgebrachte Wirkung gar keine Rede und das Geschehene muß als Zufall betrachtet werden. Wollte man sagen, daß in dem unter **A. 1. a.** angeführten Beispiele, unter welche Rubrik der ganze freie unverschuldete Schaden gehört, das tödten eine (freie) Handlung sey? Wohl das Schießen, aber das ganz allein.

Eben so wenig dürfte 2) ein sogenanntes **damnum mixtum** nach unsrer Ansicht angenommen werden. Der Anfangspunkt oder die Grundursache muß entscheiden, und es fragt sich immer, was die erste Veranlassung des Schadens war. Da nun darnach, wie unten bei der Lehre vom **casus** zu zeigen ist, der Ersatz geleistet wird oder nicht, so ist die Eintheilung für die Sache wenigstens un-

nüß und nur der wörtlichen Bedeutung nach freilich in so ferne wahr, als Zufall und Verschulden zusammentreffen können.

B. Berücksichtigt man die Wirkungen des Schadens, so ist derselbe

1) noch nicht erfolgt, sondern noch bevorstehend, **damnum infectum**, sobald man annalogisch aus den bei gewissen vorhandenen Ursachen immer schädlich erfolgten Wirkungen Schaden befürchten muß, da einmal die specielle Ursache sich gezeigt hat. Rührt diese zu befürchtende Beschädigung

a) von einem freien Wesen als solchem her, so entsteht ein angedrohter Schade, **damnum concussione infectum**; muß man aber

b) von einer Sache als solcher den Schaden befürchten, so ist dies der eigentliche drohende Schade, **damnum infectum stricte sic dictum.**

Wenn hingegen

2) die Beschädigung vollbracht, Personen oder Sachen wirklich verletzt, das Vermögen bereits verringert, der Körper destruirt ist, dann heißt dies ein wahrer, fühlbarer Schaden, **damnum datum vel factum.** In diesem Falle erscheint derselbe entweder

a) als ersetzlicher, **damnum reparabile**, wenn der zugegangne Schaden dergestalt getilgt werden kann, daß die Integrität des beschädigten Objektes wieder hergestellt, und jeder vorher von demselben erwartete und genossene Vortheil gesichert und vergütet ist, oder

b) unersetzlich, **damnum irreparabile**, wenn dies nicht geschehen kann.

Vom Ersetzlichen aufwärts bis zum Unersetzlichen ist eine unendliche Stufenfolge, die keine genaue Bestimmung zuläßt.

C. Sieht man auf das Objekt, welchem der Schade zugefügt wurde, so ergiebt sich die Eintheilung desselben

1) in den positiven Schaden, **damnum emergens**,

2) in den negativen, **lucrum cessans.** Unter dem erstern ist der Verlust jedes wirklichen bereits besessenen Gutes oder Vortheiles zu verstehen, ohne daß Personen oder Sachen unterschieden würden, wofern nur Dinge, in deren Genuß wir uns befanden, der Beschädigung unterlagen. Unter negativem Schaden hingegen begreift man die Vernichtung oder Schmälerung eines erst zu erwartenden, d. h. noch nicht in unsern Besitz gekommenen Vortheils, Gewinnes, der künftigen Erwerbung eines uns schätzbaren Gutes.

Der positive und der negative Schaden wird ferner wieder in den unmittelbaren und mittelbaren Schaden zerfallen. Jener (**damnum circa** oder **intra rem**) heißt so, wenn er nach dem allgemeinen und gewöhnlichen Gang der Natur unmittelbar aus dem Faktum der Beschuldigung hervorgeht [1]), und dieser (**damnum extra rem**), wenn nicht die Beschädigung allein, sondern äußere mit ihr ursprünglich in keinem Verband stehende Thatumstände durch ungewöhnliches Hinzukommen Veranlassung zum Schaden geben. [2])

§. 3.

Kein Ereigniß berührt so das Recht und den Staat in allen seinen Theilen, als der Schade überhaupt, und keine Lehre steht in so verschiedenartiger Beziehung zu allen Verhältnissen der Gesetzgebung und eines Rechtssystems, als die Lehre von den Schäden im Allgemeinen. Bald trifft der Schade den Einzelnen so, daß mit der an ihm geschehenen Beschädigung die Wirkung des Schadens aufhört, bald theilt sich die dem Individuum widerfahrene Verletzung mittelbar dem Staate selbst mit, bald ergreift er den Staat unmittelbar und erschüttert ihn in seinem innersten Grunde.

Anders erscheint derselbe, wo der Staat, im Konflikte mit andern Staaten, aus seiner ruhigen Lage in den Zustand der Unruhe und des Streites versetzt wird, anders, wo der Einzelne oder die ganze bürgerliche Gesellschaft gegen Naturereignisse kämpft, oder jener und diese, im Kampfe bereits unterlegen, zu tilgen und zu verbessern trachten; anders wo ein vernünftiges Wesen in's Auge gefaßt wird, und der widerrechtlichen Ursache gegenüber — dem Verbrechen oder Vergehen — die Strafe oder Züchtigung entspricht: anders endlich, wenn in Beziehung auf das verletzte Objekt da, wo Mein und Dein sich einander gegenüber stehen, die Beschädigung abgewendet, aufgehoben, ersetzt werden soll. Deßwegen scheint es unzureichend zu seyn, wenn die Lehre vom Schadensersatze, wie es meistentheils der Fall ist, ohne daß ein näherer Zusammenhang

---

1) **Gabr. de Gast. de sent. quae pro eo, quod interest etc. in Meermann thes. civ. T. VI. p. 764.**

2) **Damnum ex re. Math. Magn. de eo quod interest** — ebendaselbst. **T. III. Cap. VIII. p. 165.**

oder eine genauere Ableitung nachgewiesen ist, blos zur Untersuchung natürlicher oder positiver Maßbestimmungen hingestellt wird. Eine gründliche Einsicht kann vielmehr nur dann errungen, eine an Vollkommenheit gränzende Erörterung nur dann erwartet werden, wenn die innere Verbindung der Lehre mit dem Staat aufgefunden, und die Entwicklung immer nach dem höchsten Begriffe fortgeführt würde. So verschieden aber die Grundbegriffe von jenen beiden Begriffen „Staat und Recht" sind, eben so mannigfaltig können und werden jene Untersuchungen ausfallen. Die ewige Idee der Wahrheit wird ein endliches Wesen nimmermehr ganz, immer mehr oder weniger nur von Einer Seite erfassen. Es sey vergönnt, hier in kurzen Umrissen unsere Ansicht über diese Materie auszusprechen, deren weitere Ausführung der Rechtsphilosophie überlassen bleiben muß.

Die Realisirung der Idee der Gerechtigkeit unter den Menschen ist Zweck des Staates, die Idee der Gerechtigkeit, dargestellt im Staate, heißt Recht. [1]) Die von der Vernunft als Bedingung der freien Wirksamkeit des Menschen gegen den Menschen festgesetzte Nichtverletzung der Person und ihrer Zwecke als Person, heißt Recht. Unrecht ist dagegen jede mögliche Verletzung, sofern sie von der Person mittelbar oder unmittelbar herstammt. Hat die Verletzung einen andern Grund, so kann sie nicht unrechtlich heißen — Recht und Unrecht bezieht sich hinsichtlich des Subjektes blos auf die Person. Der Staat als Staat, d. h. seinem Wesen nach, kann auch nur den widerrechtlich [2]) verursachten Schaden überhaupt behandeln, nur dieser wird Gegenstand der Rechtsgesetzgebung. Weil aber der Staat nicht nur die Idee der Gerechtigkeit zu realisiren hat, sondern auch die andern aus dem Wesen des Menschen hervorgehenden Ideen, z. B. die der Billigkeit, des Wohlwollens, nicht hindern darf, ja sogar negativ dieselben befördern muß, und weil er, als ein Institut der Menschheit, in seinem innern lebendigen Zusammenhang mit ihr, wo dieselben Ideen noch keinen selbstständigen Bildungsverband gewonnen haben, dieselben positiv (in wie fern es in

1) Wening, Ueber das Verhältniß des Wesens zur Form in der Philosophie. Landshut 1811. Seite 154.

2) Bauer, Lehrbuch des Naturrechts. §. 72. Lüder im Nationalrecht.

seiner Gewalt steht und stehen kann) zu realisiren vermag, und das soll — so wird er auch in der aus diesem indirekten Grunde entstandenen Anstalt (Polizei) andere, zufällig oder nicht, von Personen oder Sachen, also überhaupt auch nicht widerrechtlich entstehende und entstandene Verletzungen zu verhüten und auszugleichen suchen. (Sicherungs-, Wohlthätigkeits-, Armen-Anstalten, Kriegsschäden-vertheilung, Assekuranzen ꝛc.) Sehr schön sagt Henrici, [1]) „daß es manchmal polizeiliche Einrichtungen gebe, welche auf einen höheren Zweck als den des Staates hinweisen, ist nicht zu läugnen; wir freuen uns vielmehr dieser Erscheinung als Zeugin, welche für die große Sache des Menschenthums feierlich spricht, welche dem eingefleischtesten Politiker einen unabweisbaren Wink giebt, daß der Staat nicht der höchste Zweck der Menschheit, sondern nur ein Mittel zu demselben seyn kann." Und ferner, [2]) „das Recht hat es blos mit den Verhältnissen des Menschen gegen Menschen zu thun — die Polizei faßt ihn in seinem Totalverhältnisse zur ganzen materiellen Welt auf."

Gegenüber dem Schaden in seinem größten Umfange steht die Tilgung desselben.

Ein anderes Wort, passend für alle Nüancen des Schadens, haben wir in unserer Muttersprache nicht finden können; die bestmögliche Wiederherstellung der durch die Verletzung mittelbar oder unmittelbar gestörter Funktionen in den vorigen Zustand. Diese Schadenstilgung, welche für die bürgerliche Gesellschaft außer ihren Rechtsverhältnissen der Polizei überlassen bleibt, nimmt mit dem eigenen Charakter im Rechtsgebiete auch eine neue Benennung an und kann Genugthuung heißen. Sie zerfällt in zwei Hauptzweige.

Der widerrechtlich verursachte Schaden nämlich wird zwei Folgen begründen, damit das in der Verletzung begangene Unrecht aufgehoben, das Recht also erhalten und die Gerechtigkeit versöhnt werde.

Faßt man 1) die Absicht des beschädigenden Subjects in's Auge, so ergiebt sich der Begriff des Verbrechens im weitesten Sinne, als dessen Folge die Strafe (gleichfalls in der ausgedehntesten Beziehung) erscheint — **jus ultionis vindictae.** Betrachtet man aber

1) Ueber Polizei. Lüneburg 1808. S. 90.

2) Ebendaselbst, S. 315.

2) das beschädigte Objekt in seiner Beziehung zum beschädigten Subjekt, so entspringt aus dem natürlichen Anspruch des letztern auf Entschädigung die Folge des Ersatzes, jus indemnisationis. Der Anspruch selbst ist wohl unwiderleglich vorhanden.*) Das durch die Beschädigung gestörte Recht auf Nichtverletzung wird weder mit dem blosen Aufhören der beschädigenden Ursache, noch der Bestrafung der Widerrechtlichkeit hergestellt, das Objekt muß auch in den vorigen unverletzten Zustand gesetzt oder die entgangenen Vortheile vergütet werden. Denn das Unrecht dauert so lange fort und hat so lange die Oberhand über das Recht sich angemaßt, als seine Wirkungen mittelbar oder unmittelbar nicht ausgelöscht sind. Es fragt sich aber, ob es nicht widerrechtliche Beschädigungen geben könne, die blos Strafe, andere, die blos Ersatz zur Folge haben. So wie es indeß außer dem Gebiete unserer Aufgabe liegt, die Natur der Strafe und ihren Einfluß zu untersuchen, so beschränken wir uns auch hier nur auf den Ersatz, der Rechtsphilosophie diese allgemeine Prüfung überlassend, wo sie einmal die verschiedenen Zweige des Rechtes entwickeln, Privat- und Kriminalrecht rc. absondern und unterscheiden soll; und dann, wo sie den Umfang der Verbrechen zu bestimmen hat.

Wir beantworten daher von unserem Standpunkte aus die Frage damit, daß Ausnahmen der ersten Art, wo kein Ersatz, sondern blos Strafe die Genugthuung geben soll, nicht in der Natur der Beschädigung oder vielmehr der rechtlichen Wirkungen derselben, sondern nur in der Beschaffenheit des verletzten Objekts gegründet sind und daher nur als Ausnahme der allgemein gültigen Regel angesehen werden müssen. So begründet der verübte Mord nur Strafe als unmittelbare Folge, keinen Ersatz, denn das beschädigte Objekt ist so beschaffen, daß der ihm zugegangene Schade nicht ersetzt werden kann. Wäre ein Ersatz nur denkbar, so würde die Gerechtigkeit im Staate ihn ohne Zweifel außer der Strafe fordern können, um volle Genugthuung zu geben. Die Unersetzlichkeit des Gutes macht die Forderung auf Ersatz unmöglich und die Gerechtigkeit muß sich mit der Strafe zufrieden geben. — Hier ist wieder eine Gränze mensch-

---

*) Ehedem stützte man sich auf den moralischen Grund des Ersatzes, ut ne quis alterum laedat etc. Puffendorf de jure naturae, l. III. Cap. 4.

licher Kraft und Macht, die dem Rechte seinen vollen Triumph nicht mehr verschaffen kann.

Strafe und Ersatz sind außer ihrer Uebereinstimmuug in dem gemeinsamen letzten Zwecke, das Recht im Staate zu erhalten, gänzlich von einander verschieden.

1) Die nächste Tendenz der Strafe geht auf das verletzende Subjekt, die des Ersatzes auf das verletzte Objekt. Jene will ein Uebel erregen und zufügen, diese das Uebel entfernen und mildern.

2) Wie die Verletzung, als Verbrecheu betrachtet, nicht auf den Einzelnen, sondern auf die ganze Rechtsgesellschaft sich bezieht, so geht die Strafe in ihrer Nothwendigkeit von der obersten Staatsgewalt aus, und kann demnach keiner privatrechtlichen Veränderung unterliegen. Der Ersatz hängt in seiner einzigen Verbindung mit dem Rechte des Verletzten von der Willkühr und somit von der Forderung desselben ab; der Ersatz läßt alle privatrechtlichen Veränderungen, Kompensation, Verzicht 2c. zu. Beide Punkte enthalten den Grund der Nothwendigkeit, mit welcher die Lehre der Strafe in das öffentliche, die Lehre des Ersatzes in das Privatrecht verwiesen wird.[1])

3) Endlich ohne Unterschied, ob das verletzte Recht ersetzlich oder unersetzlich ist, greift die Strafe aller Orten Platz, während der Ersatz, dem Obengesagten zu Folge, da aufhören muß, wo nicht mehr ersetzt werden kann.[2])

Unersetzlich ist Alles, was nicht in den Zustaud hergestellt werden kann, in welchem es vor der Beschädigung sich befand, und wofür man kein Aequivalent auffinden kann, welches die in jenem unverletzlichen Zustaude erreichten oder erreichbaren Zwecke wiederum erreichbar machte. Ist wenigstens dieses Letztere zu erwarten, so sind die Schäden doch zum Theil oder mittelbar ersetzlich geworden. Oft nämlich kann an die Stelle der absolut unersetzlichen Rechte in so ferne Etwas zur Vergütung gesetzt werden, als wir durch selbige die Erfüllung von Absichten möglich machten, die uns nun durch den

---

1) Globig, System einer vollständigen Criminal-Polizei und Civilgesetzgebung. Bd. 3. S. 32 in der Note.

2) Wagner, im Grundriß der Staatswissenschaft und Politik, über Ehrenerklärung.

neuen Vergütungsgegenstand auch wieder möglich wird, wie z. B. bei einer Verletzung am Leibe zwar nicht die Verwundung, aber doch die Schmerzgelder, Kur- und Versäumnißkosten zu ersetzen sind. Leicht ist es darnach, den Begriff des Ersetzlichen zu geben. Uebrigens halten wir von den ursprünglichen Rechten nur die Ehre für ersetzlich; [1]) eine Materie, die wir zur genauen Grenzbestimmung unserer Lehre kurz berühren müssen. Es nimmt nämlich der Ersatz der Ehre unserer Ueberzeugung nach einen ganz eigenen Charakter an, indem er nicht in Geld oder bestimmten Taxationssummen, sondern in Abbitte oder Ehrenerklärung aufgefunden werden kann. Daß aber das Duell kein sanktionirtes Ersatzmittel verletzter Ehre sein kann, davon sind wir fest überzeugt; abgesehen von allen andern Rücksichten, welch furchtbaren Zwang würde es nicht bilden, dem sich der Bürger in der ungleichsten Lage unterwerfen müßte! Und könnten oder sollten, nach natürlichen Principien; die Relikten eines etwa ein Opfer des Duells Gewordenen, Anspruch auf Schadensersatz an den Verstümmler oder Tödter haben? Wir müssen mit „Nein" antworten; eben so wenig als die Angehörigen des Spielers, der sein Hab und Gut an dem grünen Tisch verlor, von dem Gewinner ihren Unterhalt fordern können. Anders natürlich, wo positive Gesetze Bestimmungen festgesetzt haben, die einerseits eine widerrechtliche Handlung gegen den Staat im Auge haben, andererseits Ersatz den Betheiligten sichern. (Amerikanische Freistaaten.)

In Abbitte und Ehrenerklärung also sehen wir allein Ersatz der Ehre. Ist aber in Folge der Ehrenverletzung der Beleidigte im Fortkommen, im Gewerbe oder Geschäfts-Betrieb beeinträchtigt, dann stellt sich die Sache anders. Hier handelt es sich nicht mehr um die geistige Idee, sondern um die Materie, hier muß gewiß ein Schadensersatz eintreten, der mit dem Einflusse der Ehrenkränkung auf die Verhältnisse des Beleidigten in Einklang steht und wohl immer vom Richter, wo nicht anfänglich zu bestimmen, doch gewiß zu ermäßigen ist. [2])

So theilt sich denn der Ersatz in zwei Arten — in die Abbitte

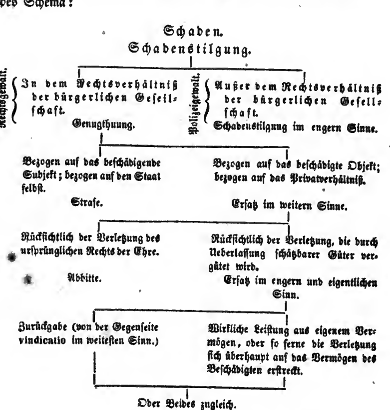
---

1) Feuerbach, Lehrbuch d. peinlichen Rechts. Tit. II. Abschn. I u. II.

2) Vergl. Wächter im Archiv für civ. Praxis XXIII, 1, neueste Fortschritte der Civilgesetzgebung in Würtemberg. VI.

und Ehrenerklärung und in den Ersatz im engern Sinne, als die Ueberlassung schätzbarer Güter, die mit den durch die Beschädigung verlornen Vortheilen in gleichem Gewichte stehen, oder wenigstens die durch jene aufgehobenen, an sich unersetzlichen Rechte und sonst erhaltnen Zwecke auf andere Weise erreichbar macht. Hierher gehört natürlich als besondere Art des Ersatzes im engern Sinne die Zurückgabe, wenn der Schade in dem bloßen Entziehen und dem daraus erfolgten Nichtbesitz entstanden ist, da alle Nachtheile von selbst aufhören, indem die Vortheile der nämlichen Sache an ihre Stelle treten.

Wollen wir uns an das vom Schaden und Schadensersatz Gesagte zurück erinnern, so erhalten wir zur kurzen Uebersicht folgendes Schema:



§. 4.

Unschwer dürfte es jetzt sein, einen bestimmten Begriff des Schadensersatzes so wie des Rechtes darauf darzulegen, und den Inhalt der Lehre und somit unsere Aufgabe genauer zu bestimmen. Wir behandeln nämlich 1) nur den widerrechtlichen Schaden. Dies ist allgemein gültig, auch da, wo in besondern Modifikationen, wie wir sehen werden, der casus das Rechtsverhältniß des Ersatzes hervorbringt. 2) Jener Ersatz im engern Sinne allein ist von uns zu erklären, welcher in der mittelbaren oder unmittelbaren Vergütung durch Ueberlassung schätzbarer Güter besteht. Schadensersatz heißt daher Ausgleichung einer widerrechtlichen Vermögensverringerung durch Hingabe eines äquivalenten Vermögenstheiles, und in diesem engen Sinne tritt der Ersatz nur ein, wo der Schade das Vermögen trifft, und in Geld angeschlagen werden kann.

Recht auf Schadensersatz ist daher der Anspruch des Verletzten auf die Vergütung der zugefügten Vermögensverringerung durch Ueberlassung eines mit dieser im Gleichgewicht stehenden schätzbaren Gutes.

Die Auslagen, für welche unter gewissen Bedingungen Ersatz gefordert werden kann, sind entweder Verwendungen überhaupt zu was immer für einem Vortheil, oder Verwendungen auf eine bestimmte Sache (expensae, impensae). Der Ersatz für Verwendungen beruht, dem Ersatze des Schadens gegenüber, auf dem natürlichen Billigkeitsgrunde, daß Niemand sich mit dem Schaden eines Andern bereichern soll, obgleich er ihn nicht selbst veranlaßt hat.

Wenn die Römer in besonderen Verordnungen die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auf Beschädigungen ausdehnten, welche nicht durch eine Widerrechtlichkeit des Subjekts herbeigeführt wurden, sondern durch eine ja oft leblose Sache, die sich im Eigenthume desselben befindet, so gingen sie von einem eignen Gesichtspunkte aus, den wir am gehörigen Orte erörtern werden.

II. Entwicklung des Begriffes nach römischen Gesetzen.

§. 5.

Das Wort damnum*) hat verschiedene Bedeutungen, je nach-

*) Statt des damnum dederis kommt nach Festus in den XII T. G. der

dem es in engerm oder weiterm Sinne, oder in einer ganz eignen Beziehung gebraucht wird.

In ersterer Hinsicht umfaßt es a) Alles, was wir mit dem Worte Schaden in unserer Sprache bezeichnen — jeden Nachtheil, jeden Verlust, den wir oder irgend ein Ding erleiden. So sprechen die Juristen von einem **damnum voluntatis** [1], **existimationis** [2]) und **infamiae** [3]). Oder das Wort ist b) beschränkt auf den Schaden, den wir an unserm Vermögen erleiden [4]).

In der zweiten Hinsicht aber bedeutet es so viel als Strafe, und zwar eine Geldstrafe. Schon Sigonius [5]) sagt: **damnum, alio nomine mulcta est dicta** und beruft sich auf Isidorus, der nach Cicero acht Arten von Strafen aufzählt, unter denen **damnum** so viel als Geldstrafe bezeichnet [6]).

Die dort nicht angeführten Stellen Cicero's können keine andern seyn, als **Cicero Philipp. I, 5.** und **de offic. III, 5.** und diese bestätigen allerdings seine Meinung [7]). Wir haben indeß auch Ge-

---

Ausdruck Rapitias vor. Im Corp. Jur. finden sich aber noch verschiedene Worte, die theils allgemein, theils in besondern Verhältnissen statt damnum gebraucht werden, als: jactura. fr. 28. §. 12 de poen. (48, 19.) fr. ult. de off. praes. (1, 18.) detrimentum, fr. 1. §. 3. de per. et commod. rei vend. (18, 6.) fr. 5. de reb. cred. (12, 1.) calamitas Const. un Cod. de cad. toll. (6, 51.) fr. 61. D. de admin. et per. tut. (26, 7.) Vitium fr. 28. loc. (19, 2.) fr. 32. damno inf. (39, 2) Injuria fr 9. de aqua et pluv. arc. (39, 3.) fr. 11. §. 4. de pign. act. (13, 7.) fr. 6. §. 11. quae in fraud. cred. (42, 8.) Noxa (noxia) §. 1. Inst. de nox. act. (4, 8.) fr. 1. D. si quadr. paup fec. fr. 32. De de noxal. act. (9, 4.) Pauperies Titul. D. si quadr. paup. fec. dic. (9, 1.) Nicht selten wird auch der Entstehungsgrund statt des daraus hervorgehenden Schadens selbst gesetzt. Daher mancherlei Ausdrücke, die sich sehr häufig finden: culpam, dolum, casum etc. preaestare, auch in nicht juristischen Schriften. Cicero de Leg. III. 16. Epist. famil. IX, 16. etc.

1) fr. 23. de fideicommiss. libert. (40, 5.) conf. fr. 50. ad S. C. Treb. (36, 1.), wo in ähnlicher Beziehung von einem damnum conditionis die Rede ist.

2) Const. unica Cod. si matr. vol. (5, 47.)

3) c. 6. Cod. ex quib. caus. inf. (2, 12.) Conf. C. 1. Cod. de mod. mult. (1, 54.)

4) fr. 3. D. de damno inf. (39, 2.)

5) de Judiciis. Lib. II. cap. 3.

6) Mit denselben Worten findet man die Sache dargestellt in Rosini antiq. rom. Lib. 9. cap. 17. In Brisson. de Verb. sign. fehlt diese Bedeutung.

7) In der Orat. philipp. I, cap. 5. heißt es: Quis autem unquam tanto

setze zum Beweise darzulegen. Unter dem Worte **damnum** kann in **fr. 8. proem. D. de poenis (48, 19.)** nichts Anders verstanden werden als eine Geldstrafe, **mulcta. Ulpian. lib. IX. de offic. praes. Aut *damnum* cum infamia, aut dignitatis aliquam depositionem,** aut alicujus actus prohibitionem.

Dies proemium ist eine Fortsetzung des **fr. 6.** von demselben Juristen, so daß es den Beschluß der Arten von Strafen enthält, welche er in **fr. 6.** aufzuzählen anfing. Schon daraus, daß alle Arten der Strafen hier zusammengestellt sind, aber der sonst vorkommenden **mulcta** gar nicht erwähnt ist, könnte man schließen, daß diese unter jenem begriffen sey. Allein eine Stelle der **Instit.** läßt uns darüber durch den erklärenden Zusatz gar nicht in Zweifel. **§. 2.** Inst. de publ. jud. (4, 18.) [1]) Cetera si quam *infamiam* irrogant cum *damno pecuniario.* In **fr. 7. D. de cond. furt. (13, 1.)** gebraucht Ulpian damnum in derselben Bedeutung. Ulp. lib. XLII. ad Sabin. Si pro fure *damnum* decisum sit, condictionem non impediri verissimum est, decisione enim furti quidem actio, sed non condictio tollitur. Nach einem über die Strafe — nämlich das duplum oder quadruplum geschlossenen pactum — sagt der Jurist, ist die condictio furtiva noch zulässig, aber nicht mehr die actio furti — daß über die Strafe bei Privatdelikten paciscirt und transigirt werden konnte, ist bekannt. [2])

---

damno senatores coëgit, aut quidest ultra pignus est mulctam? etc. Damnum drückt hier den Verlust eines Gutes unter Form einer Strafe aus, denn der nachfolgende Satz enthält die erlaubten Strafen, mit welchen die Senatoren, welche sich nicht in den Senat begeben wollten, von dem Consule belegt werden konnten. Deßwegen beklagt sich hier Cicero über die Ueberschreitung des Maßes durch Antonius. **Conf. Liv. Lib. III. cap. 18. Rosini antiq. rom. in Paul. Mannt. Lib. de Senat. cap. de post. hab. senat. p. 859. Ernest. Ind. iatin. Cicer.**

Die Zusammenstellung von **pignus** und **mulcta** hat übrigens nichts Auffallendes, sondern findet sich öfters. **fr. 9. §. uit. ad leg. Jul. pecul. (48, 13.) Suet. Jul. cap. 17. In lib. III. de off.** sagt Cicero: **„Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse civium conjunctionem, quam qui derimunt, eos morte, exilio, vinculis,** ***damno*** **coërcent."** Hier läßt sich wohl nichts anderes unter **damnum** verstehen als Vermögensstrafen.

1) **Theophilus** in der **Paraphr.** hat *Ζημίας χρηματικῆς* übersetzt, und *Ζημία* bedeutet ebenfalls Schaden und eine Geldstrafe. Vergl. **Strabo I. 12.** *αὐτὶ δὲ τῆς βλαβης ἐπραξαντο ζημιαν αὐτὸν ταλαντα* **XXX.**

2) Suche **Cujac. observ. lib. X. obs. 11. Gerh. Noodt. Dioclet. et Maxim. cap. 4.**

In dem XII Tafel-Gesetz findet sich wörtlich derselbe Ausdruck, dessen Ulpian sich hier bedient: „Si fure damnum decisum escit, furti ne adorato. [1]) Ein Beweis, daß die Bedeutung des Wortes damnum als Strafe schon in den ältesten Zeiten bekannt war.

§. 6.

Die wichtigste und ausschließlich technische Bedeutung unter allen diesen Angegebenen ist indeß die, in welcher damnum eine Verringerung, Verletzung unseres Vermögens bedeutet. Paulus hat darin die Wesenheit des Schadens gefunden, und darnach auch die Ableitung des Wortes angegeben in fr. 3. de damno inf. (39, 2.) Paul. lib. XLVII. ad Edict. damnum et damnatio ab ademptione et quasi diminutione pratrimonii dicta sunt. Sollte uns das Wort damnatio zweifelhaft lassen, weil sich dasselbe auf andere Arten von Nachtheilen erstreckt, die uns zugefügt werden, so giebt Quintilian [2]) darüber den besten Aufschluß. Auch er leitet damnum vom Verluste der Vermögensgüter ab, und fügt hinzu, der Ausdruck damnatio käme daher, daß die meisten Verbrechen eine Vermögensstrafe zur Folge hätten.

Zudem ist unter patrimonium ausschließlich das Vermögen — ein Gut, welches zu Geldeswerth angeschlagen werden kann, begriffen. [3]) Darum ist auch in allen Titeln und Stellen, die sich auf Beschädigungen beziehen, höchst wenige Fragmente ausgenommen, [4]) immer nur das Vermögen, oder ein Gegenstand desselben als Objekt des damnum aufgeführt. Es beweist dies, und erklärt sich daraus zugleich, wie in den Fällen, wo unmittelbar nicht das Vermögen, sondern nur die Person beschädiget worden, in Hinsicht der letz-

---

1) Quat. font. jur. civ. ant. Jac. Gothofr. in fragm. XII tab. prob. ad tab. II.

2) Quintil. Declam. CCC. Conf. Varro de ling. lat. lib. 4. Math. Magnus de eo quod interest. cap. 2. in Meermann thes. III. p. 297.

3) Cicero fam. epist. lib. 2. ep. 2 u. 16. Justin. histor. l. 8, c. 4. Pr. Inst. de rer. div. (2, 1.) fr. 1. D. de usufr. ear. rer. (7, 5.) Daher setzt Theophil. lib. II. tit. 3. proem. alternative dominium oder patrimonium: τὰ δὲ ἐκτὸς τῆς ἡμέτερας ἐστὶ περουσίας, ἤτοι δεσποτείας: extra dominium seu patrimonium nostrum.

4) Siehe S. 26, Noten 1, 2, 3.

tern gar nicht von damnum gesprochen wird, auch die privatrechtlichen Folgen des Schadens blos in Hinsicht der mittelbaren Verletzung des Vermögens gewürdigt werden. [1]) Darauf beruht an sich der ganze wichtige Unterschied zwischen damnum injuria datum und injuria (contumelia) Blos allein das Vermögen hat das erstere, letztere hingegen die Ehre zum Gegenstande. Sehr schön drücken sich darüber Paulus und Ulpian aus in fr. 34. de O. et A. (44, 7.) und fr. 15. §. 46. de injur. (47, 10.)

Paulus lib. sing. de conc. act. Qui servum alienum injuriose verberat ex uno facto incidit et Aquiliam et actionem injuriarum: *injuria* enim ex effectu fit, damnum ex culpa.

Scharfsinnig hat der Jurist hier den Grund beider Klagen für diesen einzelnen Fall getrennt. Die Absicht des Schlagenden war nicht auf die Beschädigung gerichtet, sondern auf die Injurie. Aber offenbar ist darin auch das Objekt der Beschädigung unterschieden, und damnum auf einen Vermögensgegenstand beschränkt. Das Nämliche spricht die andere Stelle aus.

Ulpian lib. LXXVII. ad Edict. Si quis servo verberato *injuriarum* egerit, deinde postea *damni injuriae* agat. Labeo scribit, *eandem rem non esse,* quia altera actio ad damnum pertinere culpa datum, altera ad *contumeliam.*

In so ferne aber etwas erst noch Gegenstand unseres Vermögens werden kann, heißt der Verlust desselben gleichfalls damnum, obgleich auch häufig in diesem Gegensatze der Ausdruck lucrum gebraucht wird. [2])

---

1) S. fr. 7. de his qui effud. (9, 3.) fr. 3. si quadrup. paup. (9, 1.) §. 1. Inst. de obl. quasi ex del. (4, 5.) fr. 2. §. 2. de leg. Rhod. de j. (14, 2.) Nathani comment. de crimin. lib. 47. tit. III. cap. I. n. 2. tametsi enim librum corpus nullum recipiat aestimationem ac per consequens nec patrimonium diminui videatur — tamen respectu *operarum* — patrimonium recte diminutum dicemus.

2) Dies läßt sich klar daraus beweisen, daß für das id quod interest (was doch auch den entgangenen Gewinn begreift), um allen möglichen Verlust zu bezeichnen, bald utilitas oder omnis causa, bald damnum schlechthin gebraucht wird. Man vergleiche fr. 81, §. ult. de V. O. (45, 1.) fr. 80. de furt. (47, 2.) fr. 4. §. 7. de damno inf. (39, 2.) fr. 22, 23. ad leg. Aquil. (9, 2.) fr. 21. §. 23. de act. E. V. (19, 1.) mit fr. 26. de leg. in tert. (32.) fr. 31. de dol. mal. (4, 3.) Const. un. Cod. de sentent. quae pro eo q. (7, 47.) etc.

Demnach läßt sich der juristisch technische Begriff der Römer von damnum kurz so ausdrücken: „*damnum* heißt jede Verschlimmerung unserer Vermögensumstände.“

§. 7.

Auch das römische Recht stellte Eintheilungen des damnum auf, nach den verschiedenen Beziehungen der Ursache, der Wirkung und des Objekts desselben.

Was zuerst die Ursache des Schadens betrifft, so ist der Schaden entweder ein damnum injuria datum oder damnum sine injuria datum. Dies sind Ausdrücke der römischen Juristen selbst.

In dem Begriffe des damnum injuria datum liegen folgende Merkmale. 1) Nur ein freies imputationsfähiges Wesen kann dasselbe verursachen. fr. 1. §. 3. D. si quadr. paup. f. d. (9, 1.) Ulp. lib. XVIII. ad Edict. Pauperies est damnum sine injuria facientis datum, nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret. Darauf bezieht sich der nämliche Jurist in fr. 5. §. 2. ad leg. Aquil. (9, 2.), um auch den furiosus, das Kind und eine bloße Sache als Ursache eines damn. inj. dat. auszuschließen: Et ideo quaerimus, si *furiosus* damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit. Cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodam si *quadrupes* damnum dederit, aut si *tegula* [2]) ceciderit. Sed etsi *infans* damnum dederit, idem erit dicendum. 2) Aber auch nicht jeder von einem imputationsfähigen Wesen herrührende Schaden ist d. inj. dat., sondern das Wort in-

---

Deutlich spricht dafür auch §. 10. Inst. de leg. Aq. (4, 3.), quidquid praeterea perempto eo corpore *damni* nobis allatum fuerit, *veluti* si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo *hereditatem* adiret, nam hereditatis quoque omissae *rationem* esse habendam constat. Wenn daher damnum und lucrum sich öfters entgegengesetzt sind, so hebt das jenen allgemeinen Begriff nicht auf, sondern es ist dann nur eine Beschränkung des Wortes damnum auf den eigentlichen positiven Verlust vorhanden, und man kann sich des letztern überhaupt zur Bezeichnung einer Verletzung unserer Vermögensumstände bedienen. Siehe Math. Magn. l. c. cap. I. Utilitas dicitur, quae interceptum, damnum quod datum est. Contrarium damni est indemnitas, indemnitas autem est praestatio ejus — quod interest Joh. Suar. de Mendoza Comment. ad leg. Aq. lib. I, cap. 4. in Meerm. thes. tom. II. p. 43.

2) S. fr. 48. D. de damn. inf. (39, 2.)

juria entscheidet hier. Deutlich ist dasselbe für diesen Gebrauch von einer davon verschiedenen Anwendung unterschieden. Denn da hat es nicht den Sinn von einer Beschimpfung, Ehrenverletzung, sondern von einer Rechtswidrigkeit überhaupt — quod non jure factum est, hoc est contra jus [1]). Daher kann auch ein damnum inj. dat. mit einer injuria in der engern Bedeutung, und darum können gleichfalls die für beide gegebenen Klagen konkurriren. [2]) Deswegen ist ein d. i. d. selbst da möglich, wo gar kein Wille, keine Absicht zu beschädigen vorhanden war, in welchem Falle nie eine injuria, als contumelia gedacht, entstehen würde. [3]) Indeß giebt es 3) gar viele Fälle, in welchen ein imputationsfähiges Wesen, ohne daß dabei eine contumelia zu beachten käme, Schaden veranlaßt, welcher demohngeachtet kein d. inj. d. ist. Es muß also ein ganz eigener Sinn in der injuria liegen, der durch jene Unterscheidung von der engeren Bedeutung nicht erklärt ist. Und hier kommen zwei Umstände in Betracht.

1) So oft der Beschädigende als bloßes physisches Wesen handelte, d. h. so oft er nicht anders handeln konnte, so oft entspringt aus seinem factum kein **damn. inj. dat. fr. 7. Dig. ad leg. Aq. (9, 2.) §. 3. Ulp. l. 18. ad Ed. »Proinde si quis alterius impulsa damnum dederit, Proculus scribit, neque eum, qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum, qui impulsus est, quia damnum injuria non dedit.** [4]) Dies ist auch die Ursache, warum stets von einer verschiedenen Beschädigung die Rede ist, wo der Ausdruck d. i. d. gebraucht ist, die Ursache, warum demselben das damn. culpa dat. gleichgestellt wird. [5])

2) Injuria, non jure, contra jus verfährt nur derjenige,

---

1) S. fr. 5. §. 1. ad leg. Aq. (9, 2.) fr. 1. de injur. (47, 10.) §. 2. Inst. de leg. Aq. (4, 3.) proem. Inst. de injur. (4, 4.)

2) fr. 5. §. 1. ad leg. Aq. (9, 2.) Et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis aquiliae et injuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae.

3) fr. 5. §. 1. ad leg. Aq. fr. 34. de O. et A. (44. 7.) fr. 15. §. 46. de Injur. (47, 10.) fr. 3. eod.

4) Conf. fr. 8. in fine. fr. 29. §. 2. fr. 31. eod.

5) S. fr. 5. §. 1. in f. ad leg. Aq. fr. 10. eod. §. 3. Inst. de leg. Aq. (4, 3.)

welcher auf eine unrechtmäßige, d. h. unter diesen Umständen unerlaubte Weise handelt. Dies kann auf doppelte Weise geschehen, entweder a) indem man etwas vornimmt, was vorzunehmen man überhaupt nicht befugt ist — unbefugter Weise, oder b) indem man es nicht auf die richtige, gehörige Weise, auf die nach den Verhältnissen bestimmte Art vornimmt. Und in diesen beiden Fällen ist also ein d. i. d. vorhanden. Doch schließt der zweite Fall den ersten Fall aus, d. h., um die richtige Vornahme fragt es sich nur dann, wenn man überhaupt zur Vornahme befugt war. Hatte man eine solche Befugniß gar nicht, so entscheidet die zweite Frage, ob man auf die gehörige Weise handelte, gar nichts weiter. Die Injuria liegt schon in der unbefugten Vornahme der Handlung; dadurch handelte man non jure, das ist das id, quod contra jus, daß man etwas that, wozu man keine Erlaubniß, kein Recht hatte und doch den andern beschädigte. Hingegen wird da, wo etwas vorzunehmen, mit etwas sich zu befassen erlaubt war, nur durch eine unrichtige Vornahme ein damnum injur. vel culpa datum verursacht worden, und so liegt denn die injuria darin, daß man nicht auf die gehörige Weise verfuhr.[1]) **Damnum injuria datum** ist demnach der aus einer freien, aber unbefugten, oder nicht auf die gehörige Weise, aber befugt, vorgenommenen Handlung[2]) entstehende Schaden.

Was damnum sine injuria datum sey, erklärt sich daraus von selbst.

Ohne Grund wird der Begriff des damnum inj. datum von

---

1) Vergl. fr. 5. proem. fr. 7. §. 4. fr 31. ad leg. Aquil. (9, 2.) fr. 27. §. 29. eod. fr. 24. §. 12. fr. 26. de damn. in f. (39, 2.) fr. 1. §. 3. de peric. et commod. r. v. (18, 6.) fr. 151. de R. J. (50, 17.). Beispiele: Wer ohne besonderes Rechtsverhältniß mit Cajus, eine leicht zerbrechliche Materie eigenmächtig bearbeitete, würde schon dadurch ohne andere Rücksicht ein d. i. d. stiften, wenn dieselbe zerspringt Ein Künstler hingegen, dem sie Cajus selbst zu Bearbeitung übergab, könnte das unter gewissen Umständen nicht. fr. 27. §. 29. ad leg. Aq. (9, 2.) Auch Beispiele rechtmäßiger Nothwehr können hier als Belege gelten. fr. 4. fr. 5. pr. eodem.

2) Es bedarf kaum einer weitern Erinnerung, daß hier dies Wort im weitesten Sinne für jede äußere Einwirkung des menschlichen Willens, für positives und negatives Handeln gebraucht werde. Von innern Handlungen aber, wenn man auch solche annehmen will, kann hier nicht die Rede seyn.

Einigen dadurch beschränkt, daß sie den Zusatz — der außer einem Kontrakte oder besonderem Verbrechen (zugefügte Schaden), nöthig finden. [1])

Auch der in Kontrakten zugefügte Schaden muß ein damnum injuria datum seyn, sobald er non jure, also injuria zugefügt worden. Es ist gar nicht abzusehen, warum man diesen Schaden nicht so nennen sollte, da selbst die actio ex lege Aquilia bei Kontraktsverhältnissen angewandt werden kann. Nirgends sprechen die Gesetze von einem solchen Unterschied. Vielmehr kommt der Ausdruck damnum injuria bei Beschädigungen in Kontrakten selbst vor. fr. 27. §. 29. ad leg. Aquil. conf. fr. 13. §. 5. locat. (19, 2.)

Beruhend auf dem Unterschied zwischen Freien und Unfreien ist ein von den Quellen aufgestellter Unterschied des damnum injuria datum von der noxa, noxia; in letztren hebt das römische Recht die durch Sklaven entstandenen Beschädigungen hervor, gleichviel, ob diese für sich oder mit der Herren Wissen handelten. [2]) Mit Unrecht bemerkt Schmidt im Lehrbuch der gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1024, No. 9, der Schade, welchen ein Sklave aus freiem Antriebe verursacht hatte, wäre auch d. i. d. genannt worden. Hiermit ist nicht zu vereinigen Ulpian in fr. 2. de nox. act. (9, 4.) si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. Und das Wort damnum in proem. u. §. 1. Inst. de noxal. act. (4, 8.) drückt nach der weitesten Bedeutung jeden Verlust aus und begreift in dieser Stelle überhaupt jede andere nicht namentlich wie injur. und furtum angeführte Beschädigung. Jeder Schade, der von servis herrührt, heißt also noxia. Doch heißt auch manchmal der durch Thiere zugegangene Schade noxa, womit auch außerdem noch öfters alle Delikte bezeichnet werden. Gaj. in fr. 238. de V. S. (50, 16.) §. 3. Noxiae appellatione omne delictum continetur. [3]) Uebrigens wird noxa und noxia, wenn das erste nach §. 1. Inst. de nox. act. (4, 8.) corpus quod nocuit, das zweite ipsum

---

1) Schmidts Lehrbuch der gerichtl. Klagen und Einreden, §. 1204. Glück, Erläuterungen d. Pand. §. 698.

2) fr. 1. u. fr. 3. de noxal. act. (9, 4.)

3) Cramer de V. S. hoc. fr.

maleficium bedeuten soll, häufig verwechselt. [1]) Hierüber und über die **pauper**. Unten am gehörigen Orte.

Auch die Römer kennen die Eintheilung in **damnum casuale et non casuale. fr. 5. §. 4. D. Commod. vel contra (13, 6.)**, in welcher Stelle das **damnum casuale** unter **damnum fatale** vorkömmt. **fr. 18. proem. eod. (13, 6.) fr. 15. §. 2. locat. (19, 2.) §. 3. ff. pro socio (17, 2.)** Indeß behandelt oft das römische Recht Vorfälle, die ihrer Natur nach als **damnum casuale** anzusehen wären, oft nicht als solche.

Auch die Unterscheidung in **damnum casuale ex improvisu** und **casuale inevitabile** kann nachgewiesen werden. In **fr. 2. §. 7. de admin. rer. ad civ. pertin. (50, 8.)** sagt Ulp.: »**damnum dederit, quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest.**« In **fr. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7.)** sagt Gajus dagegen »**si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potuit etc.** [2]) Darüber liegt aber Streit vor, ob denn, was wir aus natürlichen Gründen für unwiderleglich halten, auch im positiven römischen Rechte begründet ist: daß nämlich ein von unvernünftigen Wesen gestifteter Schaden, so ferne anders nur in jenem die Ursache der erfolgten Beschädigung liegt, für zufällig gehalten werde — ein **damnum casuale** sey.

Ausgemacht erscheint es uns zuvörderst, daß das römische Recht auf keinen Fall diese Meinung dem ganzen Umfang nach billigt. Denn ihr zufolge würde überhaupt jedesmal, wenn nicht die Schuld eines vernünftigen Wesens eigentliche Ursache des durch das Unvernünftige zugefügten Schadens wäre, das **damnum** ein **casuale** seyn, ohne Unterschied, ob das Thier **contra naturam** oder **secundum naturam** geschadet hätte. Allein die römischen Gesetze bleiben der natürlichen Ansicht nur im letzten Falle getreu, und halten den **contra naturam** verursachten Schaden nicht für ein **damnum casuale**. Gründlich und bis zur Evidenz hat dies Thibaut in seinen Versuchen

---

1) fr. 63. ff. proem. ad leg. Falc. (35, 2.) fr. 4. D. de noxal. act. (9, 4.) fr. 32. eod. fr. 27. §. 11. ad leg. Aq. (9, 2.)

2) Del. Rio ad leg. contr. 28. d. R. J, Donell. comment. jur. civ. L. 15. Cap. 27. Nro. 30, a.



über einzelne Theile ꝛc., II. Band 8te Abh., die Unrichtigkeit der gemeinen Meinung bewiesen, welche eine actio in factum gegen den Eigenthümer des Thieres gestattet, welches secundum naturam, jedoch anders als in fundo alieno, durch Waiden ꝛc. schadete — folglich diesen Schaden nicht als casuell ansieht. [1]) Folgendes läßt sich noch gegen Schömann, Thl. I. p. 4 sqq., sagen:

1) Die actio de pastu kann nichts für die gemeine Meinung erweisen, denn sie fordert eine absichtliche Beschädigung; findet sich dies begründet, so erscheint jeder secundum naturam vom Thiere verursachte Schaden als ein casueller. Man sehe in Vereinigung mit lib. I. Tit. 15. Paul. sent. rec. auf das fr. 14. §. 3. de praescr. verb. (19, 5.) Ulpian sagt da: »Si glans ex arbore tua in fundum meum cadat, eamque *immisso* pecore ego depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam rationem, qua experiri possim, nam neque ex lege XII. tab. de pastu pecoris, *quia non in tuo pascitur* etc. Deutlich heißt aber dies, daß die actio de pastu Statt haben würde, wenn die Einlassung immissio nur auf des Andern Grund geschehen wäre, was absichtliche Beschädigung voraussetzt. [2])

2) Die wahre Bedeutung des Ausdruckes contra naturam ist ausdrücklich fr. 1. §. 7. D. si quadr. paup. fec. (9, 1.) nach keine andere, als jener Schaden ist contra naturam verübt, welchen ein an sich zahmes, nicht gereiztes Thier zufügt. [3])

3) Allerdings kann ein furiosus wegen des durch seine Thiere verursachten Schadens belangt werden, ohne daß daraus eine Folge auf seine schädlichen Handlungen abgeleitet werden, und der von ihm selbst gestiftete Schaden weniger zufällig gedacht werden könnte. Sein Vermögen erscheint ganz getrennt von ihm, da es seinem Dis-

---

1) Vergleiche Weber von den natürlichen Verbindlichkeiten. §. 71. n. 21.

2) Add. fr. 9. §. 1. ad exhib. (10, 4.) §. 16. Inst. ad leg. Aquil. (4, 3.) Die Const. 6. Cod. de leg. Aq. (3, 35.), die beweisen soll, daß, wenn das Vieh durch Jemandes Schuld auf den Acker getrieben wurde, act. leg. Aq. und nicht a. de pastu angestellt werden müßte, (Schmidt, Lehrb. der gerichtlichen Klagen und Einreden, §. 1227.) enthält dies nicht, steht also unserer Meinung nicht entgegen. Sie stellt es nur frei, sie verbietet es nicht, die aquil. Klage anzustellen. Ex sentent. leg. Aq. agere minime prohiberis.

3) Adde §. 8. u. §. 10. eodem.

positionsrechte entzogen ist, und was daher aus demselben geschieht, muß für sich selbst beurtheilt werden. Es wird nämlich dasselbe, indem es einem Kurator unterworfen ist, wie jedes andere Eigenthum eines Bürgers auch hier bei einem erfolgten Schaden rechtlich anzusehen seyn, während der furiosus selbst als vernunftloses Wesen, hinsichtlich seiner Wirksamkeit nach außen, keiner solchen Zurechnung unterworfen werden kann. fr. 5. §. 2. ad leg. Aq. (9, 2.)

4) Wenn gegen das von Thibaut zur Bestreitung der gemeinen Theorie citirte fr. 52. §. 2. in fine ad leg. Aq. (9, 2.) eingewandt wird, daß hier nur vom casus die Rede sey, so ist zu entgegnen: „zuverlässig ist der dort hervorgehende Schade zufällig, aber gerade deswegen, weil hier die Thiere secundum naturam beschädigt haben. Denn die angeführte Unmöglichkeit des Aufhaltens liegt in der Natur der Thiere, da denkbar ist, daß andere im Vergleiche zu jenen stärkern Thieren, die Last erhalten haben würden.

Die wahre Abweichung des römischen Rechts von der natürlichen Ansicht liegt also nur darin, daß dasselbe den durch Thiere contra naturam verursachten Schaden von dem casuellen trennt und darnach unter dem Namen pauperies als eigne Art des Schadens aufführt; außerdem aber liegt hier wohl eine ganz eigene Ansicht zu Grunde, die wir Unten am gehörigen Orte zu erörtern haben.

Eine weitere Eintheilung des römischen Rechts ist die in damnum directum und indirectum, wie sich ergiebt aus fr. 9. D. ad leg. Corn. de Sic. (48, 8.) fr. 54. §. 2. D. de Furt. (47, 2.) fr. 5. proem. und fr. 31. ad leg. Aquil. (9, 2.)

Gleichfalls getrennt vom damnum dolosum findet sich das damnum culposum nach fr. 7. ad leg. Corn. de Sicar. (48, 8.) fr. 29. proem. Mand. (17, 1.) fr. 5. §. 2. Commod. (13, 6.) Ebenso ist der Schade durch widerrechtliche Handlung (faciendo) im engern Sinne unterschieden von dem durch Unterlassen, non faciendo, verursachten. fr. 44. D. mandat. (17, 1.) fr. 220. de V. S. (50, 16.) fr. 47. §. 5. de Legat. in Imo. fr. 91. proem. de V. O. (45, 1.)

Die Eintheilung in einen freien unverschuldeten Schaden, damnum liberum nec dolosum nec culposum, und den freien verschuldeten glauben wir aus den Quellen nicht begründen zu können, und aus dem von Thibaut System d. Pand. 8te Aufl. §. 187. an-

geführten fr. 25. §. 2. ad S. C. Trebell. (36, 1.) allein dürfte sich solche nach unserer Ansicht noch nicht rechtfertigen.

Daß die Römer ein damnum mixtum nicht kannten, scheint uns gewiß. Sie erkannten nämlich gewiß den Grundsatz, man müsse bei jeder Konkurrenz der Art die Anfangspunkte oder die Grundursache des entstandenen Schadens berücksichtigen und darnach entscheiden. Dies zeigt sich aber aus den Stellen, die man gegen diese Ansicht aufführt, als: fr. 30. de pign. act. (13, 7.) fr. 18. pr. Commod. (13, 6.) fr. 11. §. 1. locat. (19, 2.) fr. 48. §. 4. de Furtis. (47, 2.); denn in diesen Stellen ist immer die Frage, ob wegen einer vorausgehenden schuldvollen, aber an sich nicht schädlichen Handlung ein zufällig entstandener Schade vergütet werden müsse oder nicht. So macht in fr. 48. §. 1. de Furtis (cit.) in dem Falle, wo der Walker, dem ein Kleid zum Glätten übergeben, dieses dem Titius leiht, der es entwendet, offenbar der dolus die Art des damni mit dem furtum usus, das sich der Walker erlaubte, zu einem dolosum. [1]) Nach fr. 1. de Furtis §. 3. furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi causa vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve. [2])

Sehr genau definirt Paulus in fr. 30. de pign. act. (cit.) nach der Grundursache. Hält der Kreditor des Schiffers, weil er nicht auf den Tag bezahlt worden, aus eigner Gewalt dessen Kahn zurück, so ist ganz gewiß dies nach Const. 11. Cod. de pign. act. (4, 24.) widerrechtlich, der Schade also ein absolut direkter, wenn gleich ein casus hinzukam. Nach dem Antheil des Menschen muß ja geurtheilt werden, und der war hier die Grundursache. Der Kreditor trägt die Gefahr der Sache »ejus periculo etc.«

Hat dagegen der Schiffer in das Zurückbehalten des Kreditors eingewilliget, so ist der durch das Anwachsen des Flusses entstandene Schade rein casuell, daher culpa duntaxat praestanda non vis major. In dem Falle d. fr. 18. proem. Commod. (13, 6.)

---

1) Ueber furt. usus siehe Ant. Dadin Altesorra ad institutiones ad §. 6. de oblig. quasi ex del. (4, 1.) Janin a Costa eod. Gellius noct. attic. l. 7. cap. 15.

2) Vergl. fr. 54. u. 76. eod. fr. 5. §. 8. Commod. (13, 6.) §. 6. Inst. de oblig. quasi ex del. (4, 1.) Löhr, Theorie der culpa p. 42.

ist ganz klar wieder von einem furtum usus die Rede, und also dasselbe Verhältniß, wie in ersterer Frage. — Gleichfalls von einem absolut direkten Schaden ist in fr. 11. §. 1. gesprochen und das beinahe wörtlich ausgedrückt, sobald man damit fr. 9. §. 3., vom nämlichen Juristen, Ulpian verbindet. Zweifelsohne ist doch der in culpa, welcher dem ausdrücklichen Vertrag zuwider »ignem ne habeto« solches doch hält, und zwar nach dem Zusatze ein gefährliches Feuer. [1]) Und von diesem Fall sagt fr. 9. §. 3 — si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est, damnum fecerit, tenebitur. Also doch wohl ein damnum culposum, mere culposum.

§. 8.

In Hinsicht auf die Wirkung des Schadens kannten die Römer folgende Eintheilungen:

In damnum datum vel factum und damnum infectum, wie sich solches deutlich ausspricht in fr. 1. D. de damn. inf. (39, 2.) fr. 2. §. 1. fr. 6. fr. 7. §. 3. ad leg. Aq. (9, 12.), so wie überhaupt im ganzen Titel de damno infecto (39, 2.) So wie man eine weitere Abtheilung in damnum concussione infectum und damnum infectum stricte sic dictum in der Gegenüberstellung des Titels der Digesten de concussione (47, 23.) und des Titels de damno infecto (39, 2.) finden kann. [2])

Die Eintheilung in damnum irreparabile und reparabile kömmt nicht wörtlich in den Gesetzen vor, doch läßt sich annehmen, daß sie der Sache nach bekannt war, wenn wir betrachten, wie Ulpian in fr. 9. §. 2. D. de stat. lib. (40, 7.) überhaupt unterscheidet: id quod pecunia cui praestari potest von dem, quod pecunia non cui, non reparari potest, wozu er die Freiheit zählt. Man vergleiche dazu fr. 17. §. 17 u. 18. D. de aedil. Ed. (21, 1.) Der sicherste Bürge ist endlich die auf diesem Unterschiede beruhende Ansicht des delictum im Verhältnisse zum crimen, wie sie in den eben allegirten Fragmenten darauf begründet und übrigens

---

1) Vergl. Cocccj. in disp. de dolo, culpa et negligent. praest. in Exerc. curios. Tom. I. p. 110. §. 19. Dann fr. 32. D. Cond. et dem. (35, 1.)

2) Cujac. Parat. in Dig. Lautenb. ad Pand. l. 47. tit. 18. §. 23.

durchgeführt gefunden wird, wenn man die Titel 1 bis 10 zu den Tit. 11 bis 21 des 47ten Buches vergleicht.

§. 9.

Sieht man auf das Objekt, an welchem der Schaden zugefügt worden, so finden wir im römischen Rechte folgende Eintheilungen:

Allgemein angenommen in den Gesetzen ist der Gegensatz von **damnum emergens** und **lucrum cessans fr. 13. rat. rem hab. (46, 8.) fr. 2. in fine de eo quod cert. loco (13, 4.) fr. 23. in fin. locat. (19, 2.) fr. 2. §. 11. ne quid in loco publico (43, 8.) Hugo Donell comm. ad J. civ. l. 26. fr. 14.**

Das **lucrum cessans** findet im römischen Rechte keine weitere Abtheilung, wie Schömann **II.** Bd. S. 89 meint. Man trifft auf keine Stelle, wo sie nur angedeutet wäre, und wenn Paulus in **fr. 1. §. 23, 24. Depos. (16, 3.)** von einer **omnis causa** spricht, so kann darunter nicht schlechthin das **lucrum cessans extra rem** verstanden werden, denn nach **fr. 9. §. 7. u. 8. ad exhib. (10, 4.) fr. 5. §. 5. de usufr. (7, 5.) fr. 20. de rei vindic. (6, 1.)** wird unter **causa** überhaupt Alles verstanden, was nur Nutzen oder Vortheil giebt ohne Unterschied. Im **fr. 9. ad Exh.** wäre also gerade das **lucr. circa rem** und in **fr. 20. de usufr.** ist durchaus Alles, was nur das **damn. emergens** und **lucr. cess.** umfaßt, dadurch bezeichnet. Noch mehr in **fr. 17. §. 1. de R. V. (6, 1.)** sagt Julianus: »**non solum fructus sed etiam omnem causam praestandum et ideo et partum venire in restitutionem et partuum fructus.**« Wie würde aber, wenn doch **fruct.** und **part.** zum **lucr. circa rem** gehörten und **omnis causa** das **lucrum extra rem** bezeichnen sollte, **partes** und **partuum fructus** wieder zur **omnis causa** gezählt werden können, wie es doch hier klar der Fall ist? Man muß darum annehmen, daß die römischen Juristen diesen Unterschied gar nicht kannten, oder wenigst nicht beachteten, sondern blos schlechthin ein **lucrum cessans** aufstellten! Eine gegentheilige Behauptung verwickelt die Gesetze in auffallende Widersprüche.

Was **damnum circa rem** und **extra rem** sey, war von jeher ein Punkt, der viele Schwierigkeiten verursachte. Aeltere Rechtsgelehrte kennen dasselbe, obgleich in einer andern Beziehung, in so fern nämlich der Schaden gewerthet wird, **id, quod interest circa vel**

extra rem.[1]) Nicht nur die Sache, sondern auch der Ausdruck circa rem selbst kommt bestimmt vor. fr. 21. §. 3. fr. 12. und fr. 13. §. 2. de act. emt. vend. (19, 1.) fr. 19. de per. et commod. rei vend. (18,16.) §. 10. Inst. ad leg. Aq. (4,3.). Die Eintheilung scheint uns nur auf dem Verhältniß des schädlichen Ereignisses zum entstandenen Schaden zu beruhen, der Schaden, welcher unmittelbare Folge des schädlichen Ereignisses ist, ist das damnum circa rem, und der, welcher blos als mittelbare Folge im Zusammenhang mit andern Umständen sich ergiebt, das damnum extra rem. Die Vergleichung der allegirten Stellen läßt diese Erklärung deutlich ableiten, wenn man nur erwägt, daß der Begriff des positiven Schadens überall zum Grunde liegt und man nicht unvermerkt auch den negativen Schaden damit verwechselt.[2])

Jene ältere Meinung, welcher zu Folge der Unterschied darin bestünde, daß unter dem id quod interest circa rem das verstanden wurde, was aus dem Körper der Verletzung selbst hervorgienge, hat Math. Magn. l. c. cap. 7. vollkommen widerlegt. So glaubte man nämlich z. B. die partus ancillae, die Früchte des fundus, die operae servi müßten dahin gezählt werden, weil das Alles ex re, ex corpore hervorgienge. Allein das Wort extra rem und circa rem bezeichnet nicht den Körper, sondern durchaus, so oft es sich um das fragt — quid interest, das factum — die schädliche Handlung selbst.[3]) Schömann's eigne Art,[4]) das damnum extra rem und circa rem zu unterscheiden, scheint viele Dunkelheit über die Sache zu verbreiten, wofern man die Begriffe näher untersucht. Er sagt: Jenes (id quod circa rem ipsam constitit) sey ein solcher Nachtheil oder Gewinn, welchen der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit schon durch sich selbst, d. h. durch das Fallen oder

---

1) Gabriel de Gast. l. c. u. Mathae Magn. l. c. Tann Gabr. Catiani Dissert. de eo, quod interest in Meerm. thes. Tom. VII. Coccej. de eo q. inter. exerc. curios. Tom. I. Disp. XXXI. p. 332. sq. Gabr. Volius ad l. un. Cod. de Sent. quae pro etc. in Otto thes. civ. Tom. I. pag. 423. Kampf gegen Molinäus.

2) Donell. Comment. de jur. civ. lib. 26. cap. 23. Coccej. l. c. §. 7. 8.

3) fr. 23. pr. ad L. A. fr. 25. de O. et A. (45, 1.) Auch Hugo Donell. hat schon jene Vorstellungsart gerügt. l. c. cap. 23.

4) Bd. II. p. 86.

Steigen dessen Gemeinwerthes erzeugt: dieses (quod non circa rem ipsam constitit) hingegen enthalte alle andren durch die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit etwa bedingten, aber keineswegs durch dieselben allein nothwendig bedingten Nachtheile oder Emolumente.

Nehmen wir nun an, es sey Einer verwundet worden, und er begehrt Entschädigung, so fragt sich, wo ist hier der Nachtheil oder Gewinn, der sich durch das Fallen oder Steigen des Gemeinwerthes erzeugt? Wie kann z. B. bei Versäumnißkosten ein Gemeinwerth entschieden werden, da jene mit dem Individuum relativ wechseln? Oder sollte wohl Gemeinwerth so viel heißen, als jener Werth, welchen die Sache für Jeden in dieser Lage des beschädigten Individuums hat? Dann entstünden noch größere Inkonsequenzen, dann ließe sich sogar das damn. extra rem unter den Begriff des damni intra rem bringen. Die Erklärung behält darum zum Wenigsten Undeutlichkeit und paßt nicht für alle Fälle. Dazu kommt noch, daß bei der Auseinandersetzung des id quod non circa rem ipsam constitit nicht ganz consequent ein anderer Standpunkt erwählt ist, da doch völlig logisch das id quod n. c. r. i. cons. jener Nachtheil oder Gewinn wäre, welchen der Gegenstand der Hauptverbindlichkeit nicht durch das Fallen oder Steigen des Gemeinwerthes erzeugt.

§. 10.

Schadensersatz wird bei den Römern mehrfach bezeichnet, doch immer in Zusammensetzung mehrerer Worte, so wie unser deutscher Ausdruck zusammengesetzt ist. Gewöhnlich sagen die Römer culpam, dolum, casum praestare, was das Nämliche ist, wie damnum resarcire. (praestare) *) fr. 32. in fin. de damno inf. (39, 2.) fr. 22. eod. fr. 15. §. 38. fr. 7. §. 1. eodem. Sarcire bedeutet in den XII Tafeln überhaupt so viel als satisfacere nach Festus de V. S. fr. 1. D. si quadr. pauper. (9, 1.) fr. 14. de incend. ruin. (47, 9.) fr. 9. de Injur. (47, 10.) Ferner findet sich der Ausdruck utilitatem praestare,

*) Praestare ohne Beisatz bedeutet nicht allein bei den Juristen, sondern auch bei den Andern so viel als einander verbunden seyn, Etwas zu thun, zu vergelten, ersetzen. Cicero de offic. l. 3. cap. 13. 17. in Top. cap. 17.

debere. fr. 11. §. ult. de act. E. V. (19. 1.) fr. 9. §. 8. ad exhib. (10, 4.) fr. 22. ad leg. Aq. (9, 2.) Utilitas selbst bedeutet in dieser Hinsicht so viel als damnum selbst, nämlich der Inbegriff aller verlornen Rechte, der Verlust, Schaden. fr. 4. §. 7. de damn. inf. (39, 2.) fr. 81. de V. O. (45, 1.) *)

Auch damnum reparare kömmt vor. fr. 2. D. de statu lib. (40, 7.) Hor. Carm. IV. 7. 13. und integrum facere, fr. 7. §. ult. D. de jure delib. (28, 8.) Ferner praestare id, quod interest, vel quanti interest. fr. 1. §. 40 de vi et vi armata (43, 16.) fr. 23. loc. (19, 12.) fr. 22. fr. 23. ad leg. Aq. (9, 2.) fr. 71. §. 1. de furt. (47, 2.) fr. 21. §. 3. de act. E. et V. (19, 1.) Zuweilen wird auch omnis causa gesetzt, wie in fr. 5. §. 5. de Usufr. (7, 5.) fr. 20. de rei vind. (6, 1.)

Gegenüber der für uns allein wichtigen Bedeutung von damnum bedeuten die von den Römern für unser deutsches „Schadensersatz" gebrauchten Worte: die Ausgleichung einer widerrechtlichen Vermögensverringerung durch Hingabe eines äquivalenten Vermögenstheiles, und lassen ihn die Römer folglich nur eintreten, wo der Schade das Vermögen trifft und in Geld angeschlagen werden kann. fr. 5. si quadr. paup. IX. 1. fr. 1. §. 5. fr. 7. de his qui effud. (IX, 3.) Vergl. Magnus (J. M.) rat. et differ. jur. lib. II. in Meermann III. pag. 302. (cap. 5.) und Schulting Thes. controv. dec. 24. §. 5.) — Da aber der Schaden, wenn er eine Sache trifft, oft außer der Verringerung oder Vernichtung des Werthes noch weitere nachtheilige Folgen hat, so umfaßt der Schadensersatz auch überhaupt allen Nachtheil und Verlust, den Jemand durch ein bestimmtes Ereigniß an seinem Vermögen erlitt, also bei Sachen auch Alles, was Folge der Beschädigung der Hauptsache ist. fr. 1. §. 41. de vi et de vi armata (XLIII, 16.) fr. 13. rat. rem hab. (XLVI, 8.) fr. 15. §. 7. quod vi aut clam. (XLIII, 24.) — §. 10. Inst. de lege Aq. IV. 3. fr. 6. de vi et de vi arm. (XLIII, 160.) Hieraus entspringt die Unterscheidung von Ersatz des Werthes der Strafe und Ersatz des übrigen Schadens. fr. 1. §. si quis jur. dicenti. (II, 3.)

*) Brissonius, Praetejus, Lichard sub voce utilitas. Cujatz in lib. 19 ad edict. Paul. Doneau l. c. cap. 23.

fr. 1. §. 20. de tut. et rat. distr. (XXVII. 2) fr. 2. §. 13. vi bon. (47, 8.) fr. 179. 193. de V. S. *)

§. 11.

In den Grundprincipien des Schadensersatzes weicht das römische Recht von der natürlichen Ansicht auf zweifache Weise bedeutend ab; erstens hinsichtlich der Widerrechtlichkeit der zugegangenen Verletzung, und zweitens in Betreff des Verhältnisses der Strafe zum Ersatz.

ad I. Der natürlichen Ansicht nach kann nur ein Vernunftwesen widerrechtlichen Schaden stiften, und nur solcher Schade das Recht des Ersatzes begründen. Jenes ist aber nur da möglich, wo ein intellektueller Antheil vorausgesetzt werden kann, — eine Schuld im weitesten Sinne des Worts. Der Römer hingegen läßt auch da ein Recht auf Schadensersatz entstehen, wo weder eine solche unmittelbare noch mittelbare Theilnahme vorhanden ist, sobald nur die beschädigende Sache (im Gegensatz zur Person genommen) in dem Vermögensnexus eines Bürgers steht, und dies zwar nach einem Prinzipe, das wir Unten bei der Lehre von der pauperies aufzustellen versucht haben. Nicht leicht wird es also möglich seyn, einen allgemeinen Grundsatz an die Spitze zu stellen, nach dem der Charakter jeder Beschädigung beurtheilt würde, in wie weit derselbe ein Recht auf Schadensersatz begründen kann oder nicht. Vielleicht könnte man sich allenfalls so ausdrücken: „Beschädigungen, die von der Person ausgehen und ihren Sachen, die nicht leblos sind, müssen in der Regel allemal, von leblosen Dingen aber entstandene Verletzungen ausnahmsweise und nach einem besondern Prinzipe ersetzt werden. Tit. Dig. si quadr. paup. fec. d. (9, 1.) Tit. D. de noxal. act. (9, 3) fr. 7. in fine. fr. 9. proem. 5. §. 3. D. de damno inf. (39. 2.)

ad II. Die vom römischen Rechte ausgezeichnete Unterscheidung von privat- und öffentlichen Verbrechen und die damit verbundene Trennung der Strafen, welche letztere auch in das Privatrecht überging, mußte natürlicher Weise eine Vermischung mit dem

---

*) v. Wening Ingenheim, Civilrecht II. §. 14. Note q.

reinen und allein privatrechtlichen Ersatze herbeiführen, nicht als hätten die römischen Juristen den Unterschied zwischen Strafe und Ersatz nicht gekannt. Man bemerke nur, wie sie crimen und delictum sorgfältig sonderten und ihre Folgen. — In fr. 4. §. 4. de damno inf (39, 2.) distinguirt Ulpian ausdrücklich: et ad utilitatem venit, non ad poenam. Dazu § 10. Inst. de injur. (4, 4.) fr. 92. de furt. (47, 2.) [1] Allein sie geben bei Beschädigungen aus gewissen Delikten dem Beschädigten Anspruch auf ein Mehrfaches und heißen das Strafe, so daß die Strafe bald neben dem Ersatz auftreten kann, sobald sie gefordert wird, bald ganz wegfallen mag, wenn dies nicht der Fall ist. [2] Oft wird Strafe und Ersatz so mit einander verschlungen, daß jene in diesem und dieser in jener enthalten ist, z. B. bei Klagen auf das Doppelte, Drei — Vierfache. §. 5. Inst. de oblig. quasi ex del. (4, 1.) fr. 50. pr. D. de furt. (47, 2.) fr. 8. pr. D. arbor. furtim caes (47, 7.) pr. Inst de vi bonor. rapt. (4, 2.) fr. 2. §. 13. D. de vi bon rapt. (47, 8.) So steht auch poena für id quod interest. selbst in fr 10. de eo quod eerto loco. (13, 4.) fr. 19. §. 1. Judicatum solvi. (46, 7.)

Eben dadurch scheint aber der wahre Charakter einer Strafe, die sich in einer durchaus nothwendigen Folge ausspricht, ganz untergegangen und die Privatstrafe vielmehr ein mehrfach gesicherter Ersatz durch zufällig ertheilten Gewinn, als eine wahre Strafe zu seyn, die überhaupt nur im Oeffentlichen ruht.

§. 12.

Ist nun ein Schade entstanden, und soll dafür Ersatz gefordert werden, so bringen sich dabei folgende Fragen auf:

1) Ist der Schade aus einer solchen Ursache entstanden, welche

---

1) Wesenbeck ad Lautenbach lib. 58. tit. 19. Coccej. in exerc. Curios. Tom. I. disp. 6, §. 4. .

2) Die Eintheilung der action. in act. poen. rei persec. und mixt. hatte hierin ihren Entstehungsgrund. Siehe Schmidt, Lehrbuch §. 44. §. 1159. Böhmer de action. Lect. I. cap. III. §. 8, 9, 10.

ein Recht auf Schadensersatz begründet? — Allgemein: „Welches sind die Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz“?

2) Was muß ersetzt werden? — Allgemein: „Welches ist der Umfang der Verbindlichkeit zum Ersatz, das quantum der Entschädigung“?; und sonach wird sich unsere Untersuchung in zwei Haupttheile zerfällen, deren einzelne Unterabtheilungen sich im Verlaufe von selbst ergeben.

---

§. 13.

Besondrer Theil.

Erstes Buch.

Entstehung des Rechtes auf Schadensersatz.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Uebersicht der Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz.

a. Nach natürlichen Principien.

Außer dem allgemeinen Entstehungsgrunde eines Rechtes auf Schadensersatz, der Widerrechtlichkeit des beschädigenden Subjekts, worin diese Widerrechtlichkeit nur immer besteht, findet sich a priori kein anderer Grund, welcher gleichen Anspruch begründete, wofern nicht Jemand aus besonderm Antriebe die Verbindlichkeit zur Leistung des Ersatzes durch ein pactum übernommen hat. Das römische Recht hingegen dehnt, wie wir schon vernahmen, das Recht des Schadensersatzes auf mehrere Fälle aus, und wir wollen deshalb der Kürze wegen nicht im Ganzen erst nach den natürlichen und dann nach den positven Ansichten des römischen Rechts prüfen, sondern jeden einzelnen Entstehungsgrund, wie wir ihn im römischen Rechte antreffen, erst allgemein betrachten, und dann nach den Principien dieser Gesetzgebung darstellen.

Zuerst betrachten wir im Allgemeinen die Bedingungen zum Rechte auf Schadensersatz nach römischen Gesetzen.

§. 14.

b. Von den Bedingnissen des Rechtes auf Schadensersatz nach römischen Gesetzen im Allgemeinen.

Vor Allem ist zu bemerken, es muß ein Schade zugegangen seyn, der auf Geldeswerth geschätzt werden kann, sonst gestattet das

römische Recht wohl Geldstrafen, die man mit der actio injuriarum erlangen kann, aber keinen Schadensersatz. fr. 3. D. si quadr. paup. f. d. (9, 1.) fr. 1. §. 5. fr. 7. de his qui effuderint et dejec. (9, 3.) Nach der heutigen Praxis aber wendet man diese Strafen nach den Principien des Schadensersatzes und Interesses an. — Eben so muß ein besonderer Grund vorhanden seyn, der den Beschädigten berechtigt, Ersatz zu fordern.

Wir betrachten die allgemeinen Bedingnisse:

I. Hinsichtlich des Beschädigten.

In der Regel kann jeder Beschädigte, der überhaupt ein rechtsfähiges Subjekt ist, auf Ersatz dringen, er sey nun selbst **dominus**, oder durch ein anderes Rechtsverhältniß mit dem beschädigten Objekte so verbunden, daß ihm an der Integrität desselben und seiner Nichtverletzung gelegen. fr 11. §. 10. ad leg. Aq. (9, 2.) »An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet Julianus tractat. et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum.«

fr. 2. §. 22 de vi bon. rapt (47, 8.)

»Quare sive commodata res sit, sive locata, sive pignorata proponatur, vel quod aliud jus, ut intersit, mea non rapi, dicendum est competere mihi hanc actionem, ut non dominium accipiamus sed illud solum ex bonis meis, hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur.« [1]) Natürlich muß dies auch von den Erben des Beschädigten gelten. fr. 1. §. 1. de priv. delict. Heredem autem furti agere posse, aeque constat, executio enim quorundam delictorum heredibus data est. Ita et legis Aquiliae actionem heres habet. [2])

Dem Vater ist die Klage wegen Beschädigungen, die seinen in väterlicher Gewalt stehenden Kindern zugefügt worden, gesetzlich gestattet. fr. 15. in f. fr. 7. pr. ad leg. Aquil. (9, 2.) fr. 13. §. 4. de locat. (19, 2.)

---

1) Adde fr. 1. §. 1. fr. 9. §. 1. de servo corrupt. (11, 3.) fr. 17. §. fin. de usufr. (7, 1.) fr. 2. proem. si quadr. paup. f. d. (9, 1.) §. 18. Inst. de oblig. quae ex del. (4, 1.) fr. 71. §. 1. D. de furtis (47, 2.)

2) Adde fr. 49. de O. et A. (44, 7.) fr. 7. §. 2. de cond. furt. (13, 1.) fr. 157. de R. J. (50, 17.) fr. 2. §. fin. V. bon. rapt. (47, 8.)

Eine Ausnahme ist, daß der, welcher Spieler aufnimmt, wegen der durch dieselben ihm zugegangenen Beschädigung keinen Ersatz fordern kann. fr. 1. §. 1. 2. de aleatoribus (11, 5.)

Die Regel gilt auch nicht 1) Sobald der Beschädigte seiner eigenen Schuld die Verletzung zuschreiben muß. *) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, sentire non videtur. fr. 203. de R. J. (50, 17.) fr. 4. fr. 5. proem fr. 52. § 1. fr. 11. proem. ad leg. Aq. (9, 2.) fr 45. §. 1. de act. E. V. fr. 7. §. 4. de aleat. (11, 5.) fr. 3. §. 3. D. de eo per quem fact. erit. quom (2, 10.) — 2) Wäre der Schade unausbleiblich auch dann entstanden, wenn auch das Verfahren nicht eingetreten wäre, so fällt ebenso die Pflicht zu entschädigen weg. fr. 27. §. 2. de rei vind. (6, 1.) fr. 10. §. 1. de L. Rhod. (14, 2.) fr. 14. §. 1. depos. v. c. (16, 3.). Aber bei eigentlichen actiones ex delicto fällt diese Ausnahme weg. fr. 27. §. 2. in f. de rei vind. (6, 1.) fr. 5. §. 4. fr. 6. de servo corrupto. (11, 3.) — 3) Wenn der Beschädigte, nachdem er die beschädigende Handlung erfahren, auf die Forderung, als rechtlich Befugter, wissentlich, ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht leistet. fr. 7. §. 13, 14, 15. de transactionibus (2, 14.) fr. 27, 145. de R. J. (50, 17.) fr. 58. eodem. — 4) Mit dem Schaden durch den Beschädiger compensirt sich der Gewinn, den wir durch denselben erhalten, so ferne er nicht verbunden, uns selbst jenen Gewinn zu verschaffen. fr. 11. de neg. gest. (3, 5.) — nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem, quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. Und fr. 42. de act. E. V. (19, 1.) Sed. rectius est, et in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari — et si quid deest emptori, sive pro modo sive pro qualitate loci hoc ei resarciri. Unter dem supra scriptis cas. versteht Paulus die zwei Fälle, in denen einmal nach der Quantität,

*) Natürlich darf dabei die Schuld des Einen nicht größer seyn, als die des Andern, insofern sie sich nicht dem Grade nach gleich stehen, wie dolus und culpa lata. In dieser Beziehung mag wahr seyn: dolus culpa est pejor, wenn z. B. der Beschädiger in dolo, der Beschädigte in culpa versirt.

einmal nach der Qualität eine Kompensation Statt finden könnte.[1]) Die fr. 23. und 25. pro socio (17, 2.) widersprechen durchaus nicht, das erste klarer Maßen nicht, und im zweiten berücksichtige man nur die über den Fall gegebene Erklärung, wenn Compensation des lucri mit dem damnum eintrete. Die Consocii haben nämlich auf den Gewinn des socii als socius ohnehin schon Anspruch, und es würde daher unvernünftig seyn, wenn er diesen Gewinn als Ersatz geben wollte. Es wäre beinahe dasselbe, als wollte ein Schuldner die Forderung mit einem Kapitale des Kreditors selbst kompensiren. Nur dann ist hier eine wahre Kompensation denkbar, wenn das lucrum als ein wirklicher, d. i. ein auf keine andere Weise zugekommener Vortheil anzusehen ist. 5) Auf eine andere Weise tilgt die Kompensation das Recht auf Schadensersatz, wenn der Beschädigte auch als Beschädiger und der Beschädiger gleichfalls als Beschädigter eiue wechselseitige Forderung an einander haben. Es kann hier nur in der Beziehung von Kompensation gesprochen werden, in welcher sie — abgesehen von einer Aufhebung des ganzen Geschäftes wegen der Konkurrenz einer Widerrechtlichkeit von beiden Seiten[2]) — die beiderseitigen Ansprüche auf Schadensersatz aufhebt.[3]) Diese Kompensation ist nach den Gesetzen ausdrücklich gültig, und geht, wie jede andere Art der Kompensation, so weit, als die Forderungen beider gleich sind, sich also aufheben können. fr. 10. pr. de compens. (16, 2.) fr. 36. de dolo malo. (4, 3.) fr. 39. solut. matr. (24, 3.) fr. 3. §. 3. de eo per quem f. e. (2, 10.) fr. 34. pr. de contr. empt. (18, 1.) §. 30. Inst. de act. (4, 6.) fr. 40. §. 1. de damno inf. (39, 2.) Aus der vorletzten Stelle (§. 30. Inst.) erhellt auch zugleich, wie die compens. überall eintreten könne. Nur das depositum ist ausgenommen. Mit Recht dehnt indeß Donellus in Comment. ad Tit. Inst. de action. §. 21. N. 10, 11. die Ausnahmen auch auf die

---

1) Schon der Sänger der Liebe Ovidius spricht ja von jener Compensation. Ovid. lib. 3. de art. am. Judice me fraus est, concessa repellere fraude, armaque in armatos sumere jura sinunt.

2) Davon Unten.

3) Leyser spec. 178. de compens. med. 1. fr. 10. §. 2. de compens. (16, 2.)

mit Gewalt occupirte Sache und in gewissen Fällen auf den Fiskus und die res publica aus. (Aufzählung der Ausnahmen siehe in Thibaut System d. Pand. 8te Aufl. §. 679.) Sätze, deren weitere Ausführung in die Lehre von der Compensat. gehört. Uebrigens ist kein Zweifel, daß die dort allgemein gültigen Grundsätze auch hier Anwendung finden. — 6) Wer selbst, wofern er überhaupt Rechte aufgeben kann, zu einer Beschädigung oder Verletzung seine Einwilligung giebt, oder wissentlich sich etwas gefallen läßt, kann keinen Ersatz fordern nach fr. 17. proem. de Injur. (47, 10.) Darin liegt die Rechtfertigung der zweifachen Behauptung: a) daß der, welcher in die Verletzung einwilligt, keinen Anspruch auf Ersatz habe — ei quidem, qui permiserit — non competit injuriarum actio; b) in so weit, als er Rechte vergeben kann — ceteris competit. fr. 1. eod. §. 5. Usque ad eo. — Const. 34. Cod. de transact. (2, 4.) nec unquam volentibus dolus inferatur: frustra de dolo quaerimini. [1]) Daß Kinder und Rasende hier nicht gemeint seyn können, da sie keine Rechte vergeben können, bedarf nicht erst eines eigenen Beweises. [2])

§. 15.

II. In Hinsicht auf den Beschädiger und seine Substituten im Allgemeinen.

Als allgemeiner Grundsatz gilt hier: Jeder, welcher Ursache eines widerrechtlichen Schadens war — ist zum Ersatze verbunden, und für ihn Jeder, welcher nach dem Gesetze seine Verbindlichkeiten zu übernehmen verbunden ist. (Natürlich aber muß überhaupt der entstandene Schade eine gewisse nothwendige und vom Andern nicht zu vermeidende Folge der widerrechtlichen Handlung seyn, nicht aber ein Gewinn, welcher blos etwa möglich, oder ein Schaden, welcher vermeidlich war.) [3]) Beide Sätze fordern weitere Auseinandersetzung. Dann von den allgemeinen Ausnahmen.

---

1) fr. 1. in fin de act. E. V. (19, 1.) fr. 115. fr. 145. de R. J. (50, 17.) fr. 3. §. 5. de hom. lib. (43, 29.) fr. 26. de Rei vind. (6, 1.) fr. 19. de aq. et aq. pluv. arc. (39, 3.)

2) Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 35. N. c.

3) §. 10. Inst. de L. Aq. (4, 3.) fr. 3. si quadr. (9, 1.) fr. 7. fr. 28. pr. §. 2. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 11. ad exhibend. (10, 4.) fr. 8. de cond.

1) Alle Personen, bei welchen die Vernunft in ihrer Wirksamkeit angenommen werden kann und augenommen wird, sind zum Ersatze widerrechtlicher Beschädigungen verbunden, ohne weitern Unterschied eines Standes oder Würde.

fr. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam. (43, 24.)

Hier wird der magistratus belangt, weil er nicht denuncirte, daß er nun das Haus abreißen wollte, wogegen ihm dann die Einrede, quod incendii defendendi causa factum non sit. So muß nämlich die Stelle erklärt werden, wenn man einem unvermeidlichen Widerspruch mit einem fr. desselben Juristen fr. 49. ad l. A. (9, 2.) entgehen will, daß aber die denunciatio erfordert wird, um das interd. quod vi aut clam. zu vermeiden, beweiset klar fr. 22. §. 2. h. t. quod vi aut clam. — et ego eas prius quam tibi denunciarem, refixero.

So soll der Magistrat in subsidium den dem Pupill zugegangenen Schaden ersetzen, welcher sich etwas bei der Vormundschaft zu Schulden kommen ließ. T. D. de magistr. conven. (27, 8.) Tit. Cod. de m. c. (5, 75.) So haftet auch der Richter fr. 6. D. de extraordin. cogn. (50, 13.) fr. 15. § 1. de jud. et ub. (5, 1.) proem. Inst. de oblig. quae quasi ex del. (4, 5.) *)

2) Wird wohl auch der Furiosus und Pupill aus Verletzungen zum Schadensersatz verbindlich gemacht?

a) Den furiosus hat das römische Recht ganz entschieden davon befreit. fr. 5. §. 2. ad l. A. (9, 2.) fr. 2. §. 3. de jure Codicill. (29, 7.) fr. ult. §. ult. D. de adm. et peric. tut. (26, 7.) Die Einwürfe Mehrerer und die gegentheilige Behauptung von der Verbindlichkeit des furiosus haben Thibaut in seinen Versuchen ꝛc. Bd. II. Abh. 8., und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 71. No. 20 und 21., und Eg. v. Löhr S. 101—5, §. 17. hinreichend widerlegt. Schömann erhebt folgende Zweifel. Er sagt,

---

furt. (13, 1.) fr. 19. de usuris, (22, 1.) fr. 19. de per. et commod. r. v. (18, 6.) fr. 21. §. 3. de act. E. V. (19, 1.) Vergl. fr. 2. §. 8. de eo quod certo loco. (13, 4.) Donellus comment. L. 26, c. 23.

*) Vergleiche Wehrn, §. 2. §. 8. Schömann, Handbuch I. Theil. S. 202. Suarez de Mendoza ad l. Aq. cap. 2. in Meermann thes. tom. II. p. 17. Glück X. S. 296. Hänel §. 10.

es sey nicht einzusehen, warum der Anspruch auf Ersatz gegen den furiosus nicht mit der act. de paupérie erholt werden könne, freilich mit der act. de paup. util., wobei man auch berühren könnte, daß Ulpian in fr. 5. §. 2. ad leg. Aquil. den furiosus einem unvernünftigen Thiere vergleicht. Zudem könne man daraus, wenn einige Stellen von einem factum impune sprächen, nicht auch auf einen Erlaß der Entschädigungsforderung schließen. Und dann noch die Frage, ob der furios. nicht wegen einer pauperies mit der a. d. paup. belangt werden könnte. Darum ist er ja doch keiner imputation unterworfen, warum sollte er dann nicht für sich selbst haften? Diese Zweifel lassen sich wohl so entfernen. 1) Die Gesetzesstellen sprechen ganz allgemein vom furiosus, ohne zwischen Strafe und Ersatz zu unterscheiden, was sie doch nothwendig gethan haben müßten, wofern ein solcher Unterschied je angenommen worden wäre. fr. 124. fr. 40. de R. J. (50, 17.) fr. 50, 17. fr. 7. §. 9, 10, 11. quibus ex caus. in possess. (42, 4.) fr. 2. §. 3. de Jur. Codicill. (39, 7.) Also ist der Schluß nicht auf das impune (zuweilen so viel als ohne Schaden, Nachtheil) allein gegründet, um so weniger, da in jener Stelle fr. 61. de adm. et per. tut. das quod per furorem accid. ganz allgemein mit dem quomodo si casu aliquo, sine facto personae accidisset zusammengestellt wird, so daß der letzte Satz auch gleichsam die Ursache des erstern enthält. 2) Wie aber eine actio utilis de pauperie auch gegen einen furiosum gebraucht werden könnte, ist nicht einzusehen. Wenn in fr. 5. §. 2. der furiosus dem quadrupes, ja sogar dem tegulae cadenti gleichgestellt wird, so geschieht es dort deßwegen, weil diese als vernunftlose Wesen einander gleich stehen, folglich keinem Etwas imputirt, deßwegen also auch keine actio ex lege Aquilia angestellt werdeu könnte. Bei der actio aus einem Thierschaden, tritt ein ganz eigner Grund ein, welchen Schömann selbst ausdrückt, wenn er sagt (S. 17.), in wie fern das Eigenthum eines Andern uns schädlich wird, ein Grund, der auf den furiosus schlechterdings nicht anwendbar seyn möchte. Und wollen wir uns denn auch so strenge an's Wort halten, so müßten wir wahrhaftig sagen, die act. ut. de paup. könne schon deßwegen nicht gegen den furiosus gehen, weil derselbe nur mit einem quadrupes verglichen ist in fr. 5. §. 2. l. c. — außerdem ist es aber doch keinem Zweifel

unterworfen, daß nur an wirkliche vierfüßige Thiere bei jener actio utilis gedacht wurde. Paul. sent. rec. Tit. 16. Lib. 1. in fine et fr. 11. D. de extraordin. crim. (47, 11.) — 3) Den meisten Nachdruck legt Schömann auf seine Frage, warum doch der furiosus aus der Beschädigung seiner Thiere verpflichtet werde. Allein diese hängt mit den oben erwähnten Ursachen zusammen, nach welchen überhaupt die Thierschäden im römischen Rechte verbinden, in so ferne Thiere im Eigenthum sind, und selbst aus diesem keine Verletzung entstehen soll, ohne daß uns römische Gesetze Ersatz sichern. Vergleiche oben: damnum casuale. fr. 5. §. 2. ad L. Aquil. (9, 2.)

b) Der Pupill ist nur dann zum Ersatze verbunden, wenn ihm der Schade wirklich imputirt werden kann. Von einem infans wird nun das ohnehin nie angenommen, sondern erst bei einem impubes könnte das eintreten. [1]) fr. 5. §. 2. ad l. Aquil. (9, 2.) §. 16. de R. V. (6, 1.) fr. 61. in fine de adm. et peric. tut. (36, 7.) Nicht entgegen sind fr. 25. §. 2. ad S. C. Trebell. (36, 1.) und fr. 46. de O. et A. (44, 7.) Im letzteren will der Jurist offenbar nur bestimmen, in welchen Fällen die Zustimmung des Kurators und Tutors nicht nöthig sey, ohne daß dadurch aufgehoben wäre, was überhaupt nöthig ist, um eine Verbindlichkeit des Pupillen oder Furiosus zu erzeugen, deren Vorhandenseyn vielmehr vorausgesetzt wird. [2])

c) Ob der Betrunkene und der in Leidenschaft Handelnde, Ersatz ihrer schädlichen Handlungen leisten müssen, ist gewiß eine nicht minder wichtige Frage. Dennoch scheint das römische Recht Nichts darüber bestimmt zu haben. Nicht einmal das Wort ebrius kömmt im Corpus juris vor. Nur im Cod. Theodos. fr. 1. de repudiis (3, 16.) ist es erwähnt. S. Brisson. voc. ebriosus. Zwar wollen Einige [3]) beweisen, daß sich ein Betrunkener civiliter gar nicht

---

1) Vergleiche Gesterding, Nachforschungen Tom. II. Seite 25. Der Pupill hatte auch dem Vormund den Schaden zu ersetzen, den dieser durch seine (des Mündels) Schuld erlitten. Thibaut, §. 420.

2) Wehrn, §. 2. S. 8. Dagegen Weber natürl. Verb. §. 71. S. 271. und Note 21. Thibaut, Vers. II. 8. S. 187. Glück, X. S. 296. Hänel, §. 10.

3) Wesenbeck thes. civ. p. 1541. No. 6. Stryck ad R. J. 48.

vergehe, wenn er sich anders nicht absichtlich betrunken machte, allein davon enthalten die Gesetze Nichts. [1]) Selbst vom Zorn ist gesagt: Handlungen (auf Geschäfte bezogen) und Willenserklärungen, in der Wuth des Zornes gethan und geäußert, bekämen nur Gültigkeit, wenn man darnach in verändertem Zustand darauf beharrte. Doch giebt es noch Eine Stelle, die Erklärung geben soll. **fr. 11. §. 2. de Poenis (48, 19.) delinquitur autem proposito aut impetu, aut casu. Proposito delinquunt latrones qui factionem habent. Impetu autem cum per ebrietatem ad manus aut ferrum venitur.** Die Sache beruht also darauf, in wie ferne impetus als Entschuldigungsgrund angeführt werden könne oder nicht. Dies erklärt uns **fr. 38. §. 8. ad leg. Jul. de adult. (48, 5.)** Also Milderung der Strafe ist die Folge des **impetus. Impetus** ist aber nichts Andres, als die plötzlich erregte Leidenschaft, der keine Ueberlegung, kein Vorsatz vorherging. **fr. 22. §. 4. eod.** und da **fr. 11. de Poen. (48, 19.)** zufolge auch die Trunkenheit nach derselben zu beurtheilen ist, kann man von beiden bestimmen, daß sie die sonst auf ein Verbrechen gesetzte Strafe mildern. Daſselbe erhellt auch aus **fr. 6. §. 7. de re milit.** und **fr. 12. de cust.** Daraus darf man aber auch wohl mit Gewißheit behaupten, daß die Trunkenheit und Leidenschaft in keinem Falle die Verbindlichkeit zum Ersatze aufhob. Denn, wenn nicht einmal die Strafe ganz wegfiel, so kann dies um so weniger beim Ersatz der Fall seyn, was auch schon aus der Vergleichung mit dem Furiosus und Pupill hervorgeht.

§. 16.

Für Beschädigungen Anderer haftet in der Regel Niemand. [2]) **fr. 29. §. 2. ad l. A. (9, 2.) fr. 5. §. 5. de oper. nov. nunc. (39, 1.).** Doch verpflichtet das Gesetz a) Jeden, der als Anstifter schädlicher Handlungen Andrer zu betrachten ist. **fr. 7. §. 3. ad L. A.** Wo aber auf den Befehl eines Andern Jemand Schaden

---

1) fr. 6. §. 7. de re militari. (49, 16.) fr. 12. de cust. — (48, 3.) adde fr. 32. §. 12. de donat. inter vir. et ux. (24, 1.) fr. 38. de ritu. nupt. (23, 2.)

2) Unterholzner römische Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke I. Bd. S. 440.

stiftete, ist jener Erste gehalten, wenn er auch wirklich dem Andern befehlen konnte, d. i., ein Recht hatte, zu befehlen. fr. 37. proem. fr. 44. §. 1. fr. 5. de his qui effud. (9, 3.) b) Wer die Verbindlichkeit hat, den Schaden abzuhalten, muß den geschehenen ersetzen, wenn er ihn hätte abhalten können. fr. 31. pr. de a. E. V. (19, 1.) fr. 5. §. 13. Commod. (13, 6.) Suche Lehre von der culpa und custodia. — fr. 5. und 6. de dol. malo. (4, 3.) Ueber die Verbindlichkeit der nautae, caupon., so wie über unerlaubte Handlungen des Richters, der Mensoren u. s. w. am gehörigen Orte. Wenn aber Einige aus fr. 45. proem. ad leg. Aq. eine allgemeine Verpflichtung Andere von Beschädigungen abzuhalten, wo man könne, ableiten wollen, so ist dies nicht nur gegen den Geist der lex Aq., sondern des römischen Rechtes überhaupt und gegen alle Exegese, da dort, wenn man das fr. 3. de nox. act. (9, 4.) von dem nämlichen Juristen vergleicht, offenbar nur von der patientia domini die Rede seyn kann. fr. 44. eodem. Tutoren aber und Kuratoren sind gehalten, sobald ihnen Schuld beigemessen werden kann, für den Schaden verbindlich zu seyn, den ihre Pfleglinge gestiftet, weil sie allen Schaden vom Pupillen abwenden und den Fleiß eines boni patris familias anwenden sollen. fr. 33. de adm. et peric. tut. (26, 7.) fr. 1. proem. de tut. et rat. distr. (27, 3.) fr. 9, §. 7. eodem. — c) Konkurriren Mehrere bei einer Beschädigung, ohne daß auf Einen allein die Schuld fiele, so haften sie in solidum für den Ersatz, d. h. Jeder von Ihnen kann um das volle Quantum der Entschädigung belangt werden und zwar, was Privatstrafe betrifft, ein Jeder auch dann, wenn sie der Andre geleistet hat. fr. 11. §. 2. fr. 51. §. 1. ad leg. Aquil. (9, 2.) Const. 1. Cod. de cond. furt. (4, 8.) Dem scheint fr. 15. §. 2. quod vi aut clam. (43, 24.) zu widersprechen. Wenn meinem Befehle zu Folge auf ein fremdes Grab Erde geworfen wird, so kann ich aus dem int. quod vi aut clam. belangt werden. — Geschieht dasselbe nach einem gemeinschaftlichen Entschluß Mehrerer, so geht die Klage gegen Jeden, und zwar gegen Jeden Einzelnen. Sie haben ja gemeinschaftlich, gleichsam aus Einer Seele (pro indiviso) gehandelt und haften darum auch in solidum. Hat sich aber der Beschädigte einmal mit Einem von Ihnen in Streit

eingelassen (ist Lis contestirt),[1] so wird jeder Andre seiner Verpflichtung entbunden. Anders ist es dagegen, wenn Mehrere, jeder für sich (objective Konkurrenz, proprio consilio) auf gleiche Weise beschädigt haben. Hier kann nach einander gegen Jeden in solidum geklagt werden, ohne daß durch die Einlassung mit Einem der Andre von seiner Verbindlichkeit befreit würde. Nur die wirkliche Leistung[2] hebt da weitre Ansprüche auf. Daraus könnte man nun im Allgemeinen schließen, daß Correi bei einer Beschädigung überhaupt nicht in solidum ersetzen dürften, und in keinem Falle weiter hafteten, sobald einmal Einer die Verbindlichkeit getilgt hätte. Die Sache läßt sich aber zu voller Uebereinstimmung mit der vorigen Behauptung so erörtern.

Im ersten Falle, wo consilio communi beschädiget wird, haften Alle, wie der Jurist sich ausdrückt, ohne Zweifel in solidum, nach den allgemein gültigen Grundsätzen. Sobald sich aber der Kläger mit Einem insbesondere eingelassen hat, so hat er sein Forderungsverhältniß auf diesen beschränkt, da er ihn einmal unter Allen ausgewählt hat. fr. 23. de solut. et lib. (46, 3.) Const. 3. Cod de nov. (8, 42.) fr. 11. D. de nov. (46, 2.) fr. 29. eod. Das Alles ändert sich im 2ten Falle, in dem (proprio consilio quique agentes) eben so viele einzelne Verbindlichkeiten entstehen, als Konkurrenten der Beschädigung sind. Unabhängig besteht da jede obligatio für sich, und hat der Kläger bei dem Einen keinen Ersatz gefunden, so wendet er sich gegen einen Andern, gegen Jeden in solidum. Wahre Prästation des Einen allein kann die Andern befreien. Und dies gerade giebt einen neuen Beweis für die Richtigkeit der Ansicht, daß die Forderung auf Schadensersatz mit der Leistung Eines der correi getilgt werde, da die Privatstrafe in ihrer Wirksamkeit für die andren fortdauert. Während nämlich das interd. quod vi aut clam nur auf Restitution und nicht auf Strafe geht, und daraus im fr. die Folge hervorgeht, alterius perceptione liberatum esse alterum — setzt der Jurist mit Bedeutung hinzu: Praeterea sepulchri violati agi potest, eine actio, die poenalis est und somit auch alle Wirkung einer solchen hat. Von

1) Brissonius sub voce conventio. Praebejus de V. S. eodem.

2) Brissonius sub voce perceptio.

exceptio divisionis vel excussionis kann also nicht die Rede seyn. fr. 7. §. 3. fr. 39. §. 11. de admin. et per. tut. (26, 7.). Wie die Authentika hoc ita Cod. de Duob. reis (8, 40.) dies geändert haben soll, ist nicht einzusehen, wenn man besonders aus der Quelle selbst, der Novelle 99. Kap. 1 das bemerkt, wie die ganze Authentika nur auf die gehe, qui conventione correi sind. *)

d) In der Regel sind auch die Erben verbindlich gemacht, für den vom Erblasser gestifteten Schaden, natürlich so weit er selbst haftete, aus der Erbschaftsmasse Ersatz zu leisten. Nur da, wo auch zugleich eine Privatstrafe gesucht wird, ist der Erbe von dieser frei, wofern nicht der Erblasser litem contestirte oder die Erbschaftsmasse durch den Schaden bereichert ist. Die Belege dafür sind: fr. 49. de O. et A. (44, 7.) fr. 157. de R. J. (50, 17.) fr. 5. fr. 7. §. 2. de cond furt. (13, 1.) fr. 35. fr. 36. pro Socio. (17, 2.) fr. 2. §. 2. de V. O. (48, 1.) fr. 58. fr. 26. de O. et A. fr. 164. de R. J. §. 1. in fin. Inst. de perpet. et tempor. act. fr. 23. §. 8. D. ad l. A. §. 9. Inst. de L. A. (4, 3.) fr. 12. §. 6. D. ad exhib. (10, 4.) fr. 26. fr. 29. de dolo malo. (4, 3.) fr. 7. §. 2. de cond. furt. (13, 1.) fr. 9. eod. fr. 7. §. 1. Depos. (16, 3.)

Die Worte, „wo eine Privatstrafe gesucht wird", müssen aber auch eben so strenge genommen werden, als es ihr Sinn ist, und man darf nicht denken, es wolle gerade so viel sagen, als daß bei jedem Delikte des Erblassers die Forderung nicht mehr auf die Erben überginge, wofern sie nicht auch die berührte Ausnahme bände. Vielmehr tritt hier nach der Natur der rei persekutorischen Klage die Regel ein, daß dieselben auch dann gegen sie gehen, wenn die Erbschaftsmasse durch das Deliktum nicht bereichert wird. Nur muß es die Sache selbst seyn, oder ihr Ersatz, was gesucht wird. Die Gesetze sprechen deutlich darüber. fr. 7. §. 1. Depos. (16, 3.) fr. 7. §. 2. de cond. furt. (13, 1.) fr. 9. eodem. (13, 1.) fr. 12. de Obl. et A. (44, 7.) fr. 49. eod. fr. 152. fr. 157. de R. J. fr. 121. de V. O. (45, 1.) Ganz konsequent geht darum die Klage aus dem Depositum gegen den Erben auch nur auf's simplum

*) Dagegen Brunnemann ad l. A. 11. Carpzow decis. 190. n. 80. Ueberhaupt vergleiche noch fr. 6. pr. D. arb. furt. caes. (47, 7.)

und nicht auf's duplum. fr. 18. depos. (16, 3.). Dagegen scheint aber eine Stelle der Inst. gerade das Gegentheil zu behaupten, daß nämlich in den Fällen, in welchen der Erbasser in dolo versirte, ohne daß der Erbschaftsmasse etwas daraus zu Gute kam, gegen die Erben die Kontraktsklage nicht angestellt werden könne. §. 1. Inst. de perpet. et tempor. act. (4, 12.) Die richtigste Erklärung scheint folgende. Man betrachte den Satz so von aliquando — pervenit, daß die Worte, veluti cum testator erläutert werden sollen. Dann ist der Sinn der: Zuweilen, wenn der Testator sich einen dolus zu Schulden kommen ließ, ohne daß daraus dem Erben ein Vortheil erwachsen wäre, geht die Kontraktsklage nicht gegen ihn — und dieß ist gleich der Fall beim depositum, welches in einem Schiffbruch, Auflauf oder Brand gemacht worden. Da kann, wie gesagt, nicht das duplum verlangt, sondern nur eine Klage auf das simplum gestellt werden. Donellus ad Tit. de V. O. fr. 121. [1]) Gegen die Emendation des Wortes velut erinnert schon derselbe: Ne multum profuerit, si quis (Cujatz Observ. 13, 39.) divinando detraxerit particulum veluti, contra fidem iodicum, nam et tum idem contextus futurus est.

Die verschiednen Eigenthümlichkeiten einzelner Klagen hier zu behandeln, würde zu weit führen.

§. 17.

Der Vater haftet nach neuerem Rechte nicht mehr für die Beschädigungen des filius, durch dessen Handlungen er in der Regel gar nicht verpflichtet wird. Bekanntlich hatte ehedem in dem Falle, wo Kinder einen Schaden stifteten, eben so die noxae datio Statt, wie bei den Sklaven. [2]) Schwerlich schon zu den Zeiten Valentinians, [3]) da das jus vitae et necis aufgehoben wurde, wahrschein-

---

1) Andre nicht so genügende Erklärungen geben Jan. a Costa u. Hoffmann ad §. 1. cit. Inst.

2) Schulting ad Caj. Inst. Lib. I. Tit. 6. Collat. leg. Mosaic. tit. 2. No. III. Paul. sent. rec. l. 2 t. 31. §. 9. fr. 8. §. pen. D. de O. et A. (44, 7.) fr. 41. §. 2. de noxal. acl. (9, 4.) fr. 3. §. 4. de lib. hom. exhib. (43, 29.) Liv. Lib. XL. in oratione Persei. §. 7. Inst. de noxal. act. (4, 8.)

3) Gebauer dissert. 2. de patr. potest. Bynkershoek de jure occid. vend. et expon. ap. Rom. Gerh. Noodt in omn. op. T. I. p. 565. sq.

licher erst zu denen Konstantins, als er das Recht Kinder zu verkaufen in Wahrheit so sehr schmälerte, daß eigentlich nur ein Schein davon übrig blieb (Const. 1. Cod. de patr. qui fil. s. distr. (4, 43.)), verlor sich allmählich auch die Sitte der noxae datio. Endlich haben sie neuere Verordnungen ausdrücklich verboten. Erst dann wird der Vater verbunden aus dem von ihm kommenden peculium Ersatz zu leisten, wenn entweder durch das Delikt des Sohnes das peculium bereichert, oder der Sohn nach geschehener Litis-Contestation und erfolgtem Urtheil ex judicato verpflichtet wird, woraus eine actio auch gegen den Vater gestattet ist, peculiotenus — so weit als das peculium reicht. fr. 3. §. 11. u. 12. de pecul. (15, 1.) fr. 57. de judic. et ub. (5, 1.) fr. 9. und fr. 4. de cond. ind. (13, 1.). Man nimmt an, daß die Eltern nur, wenn ihnen ein Versehen durch Mangel an Aufsicht zur Last falle, für die Beschädigungen durch ihre Kinder haften. *)

Der dominus ward durch Beschädigungen von seinem Sklaven herrührend, wenn er selbst keinen Antheil genommen, so weit verbindlich gemacht, daß er den Sklaveu dem Beschädigten überlassen konnte, wofern er nicht lieber vollen Ersatz leisten wollte. fr. 14. D. de O. et A. (44, 7.) fr. 1. fr. 4, 5. de noxal. act. (9, 4.) pr. u. §. 1, 2, 3. Inst. eodem. Const. 2. Cod. de nox. act. (3, 41.) §. 1. Inst. de offic. Jud. Wichtig war die Frage, ob wohl in dem Falle, wenn mehrere Sklaven (familia) eines Herrn beschädigten, der Herr für jeden in solidum zu ersetzen gehalten war, oder wie sich die römischen Juristen zuweilen ausdrücken, ob solche Beschädigungen als unum factum oder als plura facta zu betrachten seyen. Während dies beim furtum keinem Zweifel unterworfen ist: fr. 9. D. de Jurisdict. (2, 1.) fr. 1. proem. u. §. 1. si famil. furt. f. d. (47, 6.) und es unstreitig ist, daß da immer die That als unum factum angesehen wurde, scheinen die Juristen in Ansehung des damni injuria dat. nicht nur nicht gleicher Meinung gewesen zu seyn, sondern sich sogar selbst zu widersprechen. fr. 1. §. 3. Ulp. si fam. furt. (47, 6.). Dem steht entgegen fr. 9. D. de Jurisd. (2, 1.), und da Gajus fr. 32. ad l. Aq. (9, 2.) das damn. inj. dat. dem furtum gleichstellt, spricht

*) Hänel Schadensersatz. §. 10, 1.

er selbst in fr. 34. de Injur. (47, 10.) ganz anders. Doch ist die Veränderung leicht zu finden, wenn man auf die Ursachen Rücksicht nimmt, welche diese Gesetze herbeiführten. Die Annahme des uni facti war beim furtum der Billigkeit gemäß, und nöthig, wenn man das Vermögen der Herren oft nicht auf einmal erschöpfen wollte. Dasselbe kann von dem damn. inj. dat. behauptet werden, als einer Beschädigung, die theils eben so oft vorkommen als das furtum, theils gleich großen Umfang rücksichtlich des Entschädigungsquantums haben mochte. Diese Wirkungen treten nicht ein bei der Verletzung der Anschläge (alba corrupta). Hier ist für den Herrn kein so großer Verlust denkbar, da er sich von dem Ersatze durch Edirung zur Strafe, nach deren Vollziehung er sie wieder zurück erhielt, befreien konnte. fr. 7. §. 3. de jurisd. (2, 1.) fr. 10. de Poenis (48, 19.). Bei Injurien aber, von denen Gajus in fr. 34. (47, 10.) spricht, muß man die Sache aus einem andern Gesichtspunkte betrachten. Ist eine Sache entrissen, so ist es gleich, ob Einer oder Mehrere beschädigt haben hinsichtlich der Größe der Beschädigung; nicht so bei der Injurie, welche immer größer erscheint, je mehr Antheil daran nehmen.

In der Regel haftet endlich der Eigenthümer sogar für den Schaden, den seine Thiere angestiftet haben. Tit D. de paup. (9, 1.) und zuweilen selbst für leblose Sachen. fr. 7. §. 1. u. 2. fr. 9. proem. u. §. 3. de damn. inf. (39, 2.). Davon am gehörigen Orte.

Wenn wir nun die eben im Allgemeinen behandelten Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz näher und im Besondern, Einzelnen, betrachten, so zerfallen sie in zwei Theile, indem sie einerseits selbstständige sind, ohne durch ein bestehendes Vertragsverhältniß bedingt zu seyn, oder indem sie bei Gelegenheit von Vertragsverhältnissen sich ergeben, und auch mit der Klage dieser der Ersatz angesprochen wird. Hiernach verfolgen wir also unsre Untersuchung, indem wir als Grund des Ersatzes einmal ein besondres **pactum** darüber, sowohl bei schon vorhandneu Kontrakten oder ohne solche, **erkennen, dann außer Kontraktsverhältnissen die Bereicherung des Einen durch den Schaden des Andern, ferner unerlaubte Handlungen, und bisweilen das Eigenthum der beschädigenden Sache als Grund der Verpflichtung zum Schadensersatz betrachten. Bei Ge-**

legenheit von Kontrakten sehen wir überall culpa als bedingend, die sich hier namentlich in der mora äußert und betrachten dann dolus und casus mit ihrer Präſtation bei Kontraktsverhältnissen; — hier betrachten wir dann noch die impensae, deren Lehre auf dem Grundsatz beruht, daß sich Niemand mit dem Schaden des Andern bereichern soll.

§. 18.

Zweiter Abschnitt.

Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz insbesondere.

Vom *pactum*, als Grund des Rechtes auf Schadensersatz, sowohl bei Kontraktsverhältnissen, als außer solchen.

I. Nach natürlichen Principien.

Ein pactum, als die von mehreren Personen wechselsweise gegebene Einstimmung über die Begründung ihrer rechtlichen Verhältnisse *), kann offenbar nur auf zweierlei Art besondrer Grund eines Rechtes auf Schadensersatz werden. Einmal, wenn Jemand geradezu, ohne eine Verbindlichkeit zu haben, allen entstehenden Schaden bei irgend einem bestimmten Objekte über sich zu nehmen, und also Ersatz zu leisten sich anheischig macht, sobald eine Beschädigung, sey es wie oder wo immer her, erfolgt. Zum Andern, wenn Jemand, der schon eine Verbindlichkeit hat, z. B. diligentiam zu präſtiren, durch ein angenommenes Versprechen seine Verbindlichkeit erhöht. Im letztern Falle, in welchem eine Obligation bereits vorhanden war, ist es außer Zweifel, daß er dieselbe auch verringern, d. h. eine geringere praestatio culpae bedingen kann, in so weit nicht verbietende Gesetze entgegen stehen.

So kann demnach das Recht auf Schadensersatz vertragsmäßig entweder neu begründet, oder nur verengt oder erweitert werden.

Begründung und Erweiterung wird für Subjekte, die sich überhaupt rechtlich verbinden, Verträge eingehen können, nach natürlichen

---

*) Vergl. über diese Definition von Savigny System des heutigen röm. Rechts III. Bd. Seite 309.

Principien jedesmal zugestanden werden, Verengung aber nur in so weit, als Jemand auf seine Rechte verzichten kann, oder der Vertrag nicht etwa, wenn er auf einer Schändlichkeit beruhte, wie ein **pactum de dolo**, durch das darin liegende Strafbare von selbst ungültig wird.

Die **pacta** können wieder verschiedenartig gedacht werden, je nachdem sie mehr oder minder beschränkt auf die Leistung bestimmter oder aller Schäden festgesetzt werden; und es liegt in der Natur der Sache, daß die Verbindlichkeit zum Ersatze ebenfalls jedesmal nach der verschiedenen Uebereinkunft und dem Willen der Paciscenten beurtheilt werden müsse. Wer sich darauf einläßt, den Schaden überhaupt, oder allen Schaden zu vergüten, wird dazu ohne Unterschied, ob gewöhnliche oder ungewöhnliche Zufälle denselben herbeiführen, verpflichtet; denn jeder Zufall ist an sich etwas Ungewöhnliches und man würde schon gar nie einen bestimmten, allgemein gültigen Maßstab für Gewöhnliches und Ungewöhnliches finden können.

Daß man in der **venditionis causa aestimatio** ein stillschweigendes **pactum** der Uebernahme des Schadens für den Empfänger sieht, ist ganz vernunftgemäß, weil derjenige, der sich auf eine solche **aestimatio venditionis causa** einläßt, sich ja verpflichtet, die Sache oder deren Werth zurückzustellen, also die Gefahr der Sache übernimmt. Es muß nur die **aestimatio** wirklich **venditionis** und nicht etwa blos **taxationis causa** geschehen, und nicht blos einseitig, sondern mit Wissen und Willen beider Paciscenten, also auch des Empfängers vorgegangen seyn.

§. 19.

II. Nach römischen Gesetzen.

Jene bekannte Rechtsregel: »**pacta dant leges**« (**fr. 43. de pactis, (2, 14.) fr. 1. §. 6. depos. (16, 3.) fr. 23. de R. J.**) bringt auch nach römischer Ansicht eine zweifache Art der Verbindlichkeit zum Schadensersatze hervor;

a) Indem Jemand, ohne im Voraus eine Verbindlichkeit zu haben, einen entstehenden Schaden über sich zu nehmen, zu ersetzen verspricht, oder

b) indem der, welcher bereits eine Verpflichtung hatte, dieselbe

erweitert und dadurch erhöht, oder beschränkt und damit verringert. fr. 23. de R. J. fr. 1. §. 35. depos. (16, 3.) Const. 1. Cod. eodem. (7, 34.) fr. 39. D. mandat. (17, 1.) fr. 27. §. 3. fr. 7. §. 15. de pact. (2, 14.) fr. 5. §. 10. Commodat. (13, 6.) fr. 35. §. 4. de contr. emit. (18, 1.) [1]

Was nun einmal den Umfang eines solchen pactum betrifft, so sieht man von selbst, wie verschiedenartig derselbe bestimmt werden kann. Dies überläßt daher das Gesetz, in so weit Verbindlichkeiten neu begründet oder erhöht werden, auch ganz der Willkühr der Paciscenten, und giebt darüber keine Vorschrift. Zur Genüge erhellt dies daraus, daß ohne Beschränkung die Prästation des casus ausbedungen werden darf. fr. 9. §. 2. Locati (19, 2.) fr. 7. §. 15. de pact. (2, 14.) Einige Juristen setzten durch Unterscheidung der gewöhnlichen und ungewöhnlichen Zufälle, wozu noch Manche gar die ungewöhnlichsten fügen, dem pactum ein beliebiges und doch höchst ungewisses Ziel. [2] Sie nehmen als casus insolitos oder insolitissimos gewöhnlich die an, welche sich nur alle tausend Jahre einmal ereignen, es brauchten aber die tausend Jahre nicht gerade genau voll geworden zu seyn. Die Römer wissen Nichts von einer solchen Trennung, so wenig als von den tausend Jahren. Das Gegentheil sagt das fr. 78. §. 3. D. de contr. emt. (18, 1.) deutlich. [3] Es ist jeder Zufall an sich etwas Ungewöhnliches, folglich konnte der Jurist hier nur auch die gegen alle Gewöhnlichkeit sich ereignenden Zufälle meinen, was hier ganz gewiß der Schnee seyn mußte, im Gegensatze mit den gewöhnlichen Schäden, welche Hagel und Gewitterregen anrichten. [4]

---

1) S. Hildebrand de augmento culpae cap. II. §. 1. cap. III. §. 3. §. 4. sq.

2) S. Wesenbeck ad Lauterb. lib. 13. t. 6. no. 55, 56. Stryk eod. loco. Carpzow. jurispr. for. P. 2. Const. 26. def. 8. Brunemann in Pand. lib. 19. tit. 2. ad l. si quis dom. 9.

3) Ganz bekannt ist, daß die Römer oft si für quamvis oder etsi gebrauchen, so wie dies in diesem fr. der Fall ist. Cicero in Pisonem cap. 14. discessus meus si calamitosus fuit — fr. 9. §. 1. de statu lib. (40, 7.) fr. 13. de recept. arbitr. (4, 8.) fr. 30. §. 3. de acquir. vel ommitt. her. (29, 2.)

4) Thibaut, §. 479, bemerkt treffend, daß sich wohl dem Begriffe nach das mehr oder minder Gewöhnliche unterscheiden lasse. Note q. — Coccej. jur. contrar. lib. XIII. tit. 6. quaest. 18.

Nicht so willkührlich können die Paciscenten mit der Verengung ihrer Verbindlichkeit verfahren. Hier verordnen die Gesetze rücksichtlich des dolus, daß ein pactum, ne dolus praestetur, völlig ungültig sey, und dessen ohngeachtet der Paciscent einen dolo verursachten Schaden ersetzen muß. fr. 23. de R J. fr. 27. §. 3 §. 4. de pactis. (2, 14.) fr. 1. §. 7. depos. (16, 3) fr. 17. proem. Commod. (13, 6), weil ein solcher Vertrag eine offenbar schändliche und den guten Sitten widerstreitende Verabredung enthalten würde. Dennoch wird gewöhnlich behauptet, daß mittelbar der Vertrag, nicht für dolus zu haften, gültig sey, indem man das Gesetz sehr leicht umgehen und sich nach jener Rechtsregel in fr. 195. de R. J. und nach fr. 7. §. 15. u. fr. 27. §. 3. de pact. (2, 14.) damit helfen könne, daß man ein pactum einging, z. B. keine actio depositi anzustellen. Die richtigste Erklärung hierüber ist die des Donellus., [1]) daß, wenn der Deponent gegen das Vorgeben des Depositars beweisen könne, daß dieser die deponirte Sache noch habe, oder daß er sie arglistig verloren habe, so kann ihm ohne Zweifel jener Vertrag nicht im Wege stehen, weil es eine schändliche Verabredung seyn würde, zufolge deren der Betrug ungestraft bleiben sollte.

Daß aber der Ersatz des dolus nach dessen Vollziehung erlassen werden könne, ist natürlich, so fern man überhaupt auf Rechte verzichten kann. Ganz mit Unrecht behauptet man, daß diese Verordnung von der culpa lata nicht gelte [2]) und citirt dafür fr. 1. §. 6. und §. 7. depos. (16, 3.) Offenbar ist doch nur im ersten Falle von einem pactum die Rede, welches die Verbindlichkeit erhöht, da sonst außerdem der Depositar nur dolus und culpa lata prästiren würde; und es ist nicht abzusehen, warum im zweiten Falle unter dolus nicht auch die culpa verstanden werden könnte.

Außerdem hat noch das Gesetz den Mann ausdrücklich wegen der dos beschränkt durch fr. 6. de pact. dotal. (23, 4.)

---

1) Donellus comment. de jur. civ. XVI. 6. §. 9. in fin. Vergl. Glück Komment. de pactis §. 320. No. 98. Thl. IV. S. 318.) Bucher, Recht der Forder. §. 48. S. 160.

2) Bargalius de dolo l. V. cap. 2. No. 26. Berger oecon. jur. lib. 3. tit. 8. §. 2. not. 2.

Daß übrigens, in wie ferne Jemand andere pacta überhaupt, oder mit gewissen Personen nicht eingehen kann, derselbe auch diesen Vertrag nicht abschließen kann, das bedarf keiner Erklärung.

§. 20.

Rücksichtlich der Form der pacta zum Andern, ist vorzüglich wichtig, daß dergleichen pactum über den Ersatz auch stillschweigend könne eingegangen werden.

Ein solches stillschweigendes pactum wird angenommen

1) Bei der locatio conductio in Betreff der dem Konduktor bei dem Gebrauch und der Benutzung der gemietheten Sache zugestoßenen zufälligen Schäden. Die Hauptgrundsätze der über diesen Punkt vorhandenen Verordnungen sind folgende:

a) Der Ersatz besteht hier blos in einem Nachlaß am Pachtschilling, also nicht in voller Vergütung des zugegangnen Schadens. **fr. 15. §. 7. fr. 33. loc. cond. (19, 2.) §. 5. Inst. loc. cond. (3, 25.)**

b) Der Zufall muß sich an der (verpachteten) vermietheten Sache ereignet haben, und dadurch dem Konduktor am Genuß oder Gebrauch Schaden geschehen seyn. Was am Eigenthum des Konduktor geschieht ohne Schuld des Lokator, ersetzt dieser nicht, d. h. er braucht sich keinen Abzug am Pachtschillinge gefallen zu lassen. **Const. 12. u. 1. Cod. locat. conduct. (4, 56.)** Nichts Bestimmtes ist aber in dieser Beziehung über den zufälligen Verlust der bereits percipirten Früchte in den Gesetzen gesagt, und wir glauben denjenigen beistimmen zu müssen, [1]) welche auch beim zufälligen Verluste bereits percipirter Früchte die Remission zulassen, eben weil in den Gesetzen hier in dieser Beziehung kein Unterschied zwischen percipirten und hängenden Früchten gemacht und die Sache also nach billigem Ermessen zu entscheiden ist. Den Einwurf, daß der Konduktor durch das Percipiren der Früchte selbige zu den seinigen mache, und sie folglich auch ihm zu Grunde gehen, beantwortet Brandenburg sehr glücklich. [2])

---

1) Böhmer dissert. §. 20. Mevius in resol. sing. cap. 1. Nc. 191. ff.
2) Brandenburg §. 28. Note i.

c) Die Remission erfolgt auch nur, wenn ein bedeutender Schaden entstanden ist, welcher seinen Ursprung in einem außer der Sache gelegenen Grund findet, nicht aus einem Fehler der Sache selbst hervorgeht, und nicht durch andre, überwiegende Vortheile aufgehoben wird. **fr. 15. §. 2. u. §. 4. locat. cond. (19, 2.)** Auch wird der blose Aufwand, welcher zu Heranziehung der Früchte gemacht wurde, nicht in Anschlag gebracht.[1] **fr. 15. §. 7. eod.** Durch ein ausdrückliches **pactum** können aber auch diese Bestimmungen natürlich einer Veränderung unterworfen werden; wenn nämlich der Konduktor ausdrücklich den Zufall übernimmt, wo er dann keinen Anspruch auf Remission hat.

Ausnahmsweise geht aber der Ersatz nach römischem Rechte weiter als auf blose Remission, nämlich auf vollen Ersatz. Dies geschieht:

α) Wenn Fässer vermiethet werden, die, obgleich der Lokator es nicht weiß, so schadhaft sind, daß der Wein ausläuft, so wird derselbe dem Konduktor zum Ersatz des vollen Interesse gehalten und nicht blos zur verhältnißmäßigen Remission. **fr. 19. §. 1. locat. cond., quia non est dolium nisi vas, nec vas nisi instrumentum ad capiendum humorem paratum** sagt Donellus.[2]

β) Eine sehr bedeutende Frage ist, ob da, wo ein Haus vermiethet oder ein fundus verpachtet ist, der Vermiether dem Miether allen Schaden präftiren müsse, wenn derselbe durch einen Zufall oder äußere Gewalt, als z. B. Naturereignisse oder Eviktion in seinen Rechten gehindert wird. — **fr. 33, 34, 35. locati (19, 2.)** entscheiden ganz klar, daß der Lokator, wenn er anders nicht auf irgend eine Weise selbst Schuld ist, nur zur Remission des Pachtschillings oder der Miethe verbunden ist. Ausnahmsweise aber soll nun bei der Eviktion der Locator auch das volle Interesse präftiren müssen, wenn er nicht dem Konduktor eine gleich gute Sache zu geben vermag. Vorzüglich Donellus vertheidigt diese Ansicht, und zwar hauptsächlich wegen **fr. 9. pr. ejusd. tit.**, nach welchem im Falle der Eviktion der Konduktor die **actio ex conducto** anstellen dürfte, welche Klage auch auf das **id quod interest** geht. Allein Africanus

---

1) Böhmer §. 21.

2) **Donellus Comment. d. j. c. lib. 13. cap. 7.**

sagt ja auch in fr. 33, daß die actio ex conducto gegeben wäre, obgleich er nicht mehr als die Remission zuläßt: und Ulpian selbst beschränkt hier in fr. 9. die Klage offenbar auf das ut ei praestetur, si quod conduxit, frui licere. Und darin ist beim Kauf der Unterschied, bei welchem der Verkäufer bei der Eviktion alles wahre Interesse prästirt. fr. 8. de evict. (22, 2.) Vergl. fr. 2. proem. de her. vel. act. vend. (18, 4.) fr. 43. de act. E. V. (19, 1.) [1])

§. 21.

2) Ein stillschweigendes pactum, den Zufall ersetzen zu wollen, liegt in der aestimatio, jedoch nur in der aestimatio venditionis gratia, nicht der taxationis gratia, [2]) ein Unterschied, der in den Gesetzen begründet ist. Es ist auch natürlich, denn bei der aestimatio venditionis gratia geht ja das Eigenthum auf den über, welcher die Sache empfängt, und während die Sache ihm zu Grunde geht, muß er doch den alternativ versprochenen Werth ersetzen. Const. 10. Cod. de jur. dot. (5, 12.) fr. 3. Locat. fr. 54. eod. (19, 2.) Doch wird in dem Falle, wo es ganz von der Willführ abhängt, etwas zu übernehmen und zu geben, nöthig, daß man die Sache gefordert habe, wofern man auch den Zufall prästiren soll. fr. 17. §. 1. de praescr. verb. (19, 5.). Die aestimatio taxationis gratia kann wohl nicht gleiche Wirkung hervorbringen, da die Absicht nur darauf geht, den Werth der Sache zu bestimmen, entweder, um festzusetzen, wie man die Sache verkaufen wolle, oder auf den Fall der Beschädigung oder den Untergang der Sache, so ferne Jemand die Schuld daran trägt, einen richtigen Maßstab der Werthung an der Hand zu haben. fr. 14. §. 1. de praescr. verb. (19, 5.) Eben darum wird auch die Sache nicht als verkauft angesehen. fr. 80. §. 3. contr. empt. (18, 1.) Daraus geht hervor, daß der Trödler nicht unbedingt für den casus einstehe, sondern nur dann, wenn er in den domi-

---

1) Ueber das Receptionsverhältniß Unten §. 138.

2) Andrer Meinung Bach. ad Treutl. disp. 24. th. 3. — Bart. ad fr. 5. §. 3. ff. Commod. Gomez lib. 2. resol. cap. 7. no. 1. Haupr. de jure aur. th. 24. Molin. de just. et jur. tract. 2. disp. 295. no. 10. ff. Hildebr. de augm. culp. cap. I. §. 2, 3. Vergl. Thibaut §. 479. Schömann S. 67—77.

nus gedrungen hat, ihm die Sache zu überlassen, so wie das bereits angeführte fr. 17. §. 1. es erfordert, oder wenn er schlechthin die Bezahlung des Preises versprochen hat. fr. 5. §. 3. Commod. (13, 6.) [1])

Hier macht nur der socius eine Ausnahme, welcher auch, wenn die Sache ihm aestimata übergeben worden, doch keinen Zufall prästirt. Ein Fall, über den schon Donellus seine Ansicht darlegte. Er sagt: [2]) Illud tenendum est, si quid casu perierit, id socium non praestare, apud quem res erat. Usque adeo, ut placeat, ne sic quidem eum praestare, si res aestimatae curandae illi traditae fuerint: tametsi adjiciatur eum hoc casu custodiam debere, ut quocunque modo res perierit, dum non fortuito casu, eo nomine sociis teneatur is, qui aestimatum accipit: veluti si res perierit furto. Nach fr. 52 §. 3. pro Socio (17, 2.) [3]) Schömann verwirft diese Annahme, indem er die angehängten Worte des Fragments: haec vera sunt, dahin erklärt, daß die aestimatio deßwegen geschah, weil hier ein Hirte als Mitgesellschafter angenommen worden, der einen Anschlag seiner Mühe gemacht hatte, worauf die socii das Verhältniß zur Vermögensmasse genau berechnen mußten. Doch läßt sich, ohne so weit auszuholen, die Stelle nach dem Worte so verstehen, daß der Jurist meint, es müsse nur zur wirklichen Aufnahme in die Gesellschaft das Vieh hingegeben seyn, nicht also an einen Andern, der deswegen nicht socius wird und bei dem also die ursprüngliche Kraft der aestimatio fortdauern würde.

§. 22.

3) Ein stillschweigendes pactum zur Uebernahme des casus liegt ferner darin, wenn man ein Geschäft übernimmt, welches der Geschäftsherr nicht gewohnt ist zu unternehmen. fr. 11. D. de neg. gest. (3, 5.) Ferner bei der Societät. Wer nämlich bei der Füh-

---

1) Von diesen Fällen der stillschweigend übernommenen Gefahr ist auch fr. 1. §. 1. h. t. (19, 3.) zu verstehen. Vergl. Bucher, Recht d. Fordr. S. 391. Glück §. 327. Schömann, Thl. 2. S. 71,

2) Donellus comment. l. XIII. cap. 16. Ne. 21.

3) Löhr, Theorie S. 76 u. 176.



rung einer Gesellschaftssache einen zufälligen Schaden erlitt, kann verhältnißmäßigen Ersatz von den sociis fordern. **fr. 52. §. 3. u. 4. fr. 61. u. 60. §. 1.** pro Socio. **(17, 2.) fr. 58. pr. §. 1.** eod. *) Ein stillschweigendes Versprechen, den höchsten Fleiß zu prästiren, liegt darin, wenn man sich zu einem Geschäft aufdringt. **fr. 1. §. 35.** depos. **(16, 3.) fr. 53. §. 3. fr. 47, §. 2.** de furtis. **(47, 2.)** — Ueber das Receptionsverhältniß als stillschweigendes pactum Unten §. 138.

§. 23.

Dritter Abschnitt.

Entstehung der Verpflichtung zum Schadensersatz außer einem besondern *pactum* darüber.

Erste Abtheilung. Außer Kontraktsverhältnissen.

Kapitel I.

Verbindlichkeit zum Schadensersatz wegen Bereicherung des Einen durch den Schaden des Andern.

Kein Prinzip scheint so naturgemäß, so tief in der Billigkeit wurzelnd, als das: **nemo cum damno alterius locupletior fieri debet**; und die Folgen desselben, der Schadensersatz in solchem Falle. Natürlich aber darf man nicht zu weit gehen, indem eine unzweckmäßige Ausdehnung dieses Satzes Verwirrung aller Rechtsverhältnisse herbeiführen würde.

Die römischen Gesetze sprechen die obige Regel aus in **fr. 14. D. de condict. indeb. (12, 6.) fr. 6. §. 2. de jure dotium. (23, 3.) fr. 206. D. de R. J. (50, 17.)** Jedoch ist dieselbe folgendermaßen zu beschränken:

a) Der Grundsatz verpflichtet blos dann zum Schadensersatz, wenn die Bereicherung nicht Folge eines gültigen Rechtsgeschäfts ist.

b) Dieser Thatumstand berechtigt nie zu einer besondern Klage, sondern der Schadensersatz wird im Allgemeinen erlangt, 1) durch Retention, z. B. einer Sache, die von Uns gefordert wird, durch deren

---

*) Thibaut §. 540.

unbedingte Herausgabe eine solche Bereicherung entstehen würde. **fr. 38. D. de petition. heredit. (5. 3.)** 2) Eine aus besondern Gründen ungültige **obligatio** wird, wenn aus dem Verhältniß eine Bereicherung mit fremdem Schaden entsteht, so weit gültig, als die Bereicherung mit fremdem Schaden aus diesem Verhältnisse hervorgeht. **fr. 6. §. 3. ff. D. de negot. gest. (3, 5.) fr. 7. §. 12. de S. C. Maced. (14, 6.) fr. 4. §. 4. de doli mali et metus exc. (44, 4.)** 3) Diese Bereicherung bewirkt eine Verbindlichkeit der Erben zum Schadensersatz in allen Fällen, in denen sie sonst nicht haften würden. **fr. 38. D. de R. J.** 4) Zuweilen aber in besondern Fällen ist eine Ausdehnung der Klagen gestattet für Fälle, wo sie **stricto jure** nicht paßten, um die Bereicherung mit fremdem Schaden zu verhindern. **fr. 23. D. de reb. cred. (12, 1.)**

Ob solche Bereicherung mit fremdem Schaden vorhanden ist, wird nach den Grundsätzen der **in rem versio** beurtheilt.

Die einzelnen hierher gehörigen Fälle sind folgende:

§. 24.

1) Weil wir daher Eigenthum zum Vortheil eines Andern verloren haben.

Hierher gehört a) der Fall, wenn durch Accession und Specifikation unser Eigenthum auf einen Andern überging. *) Das Hauptresultat der Lehre dieser einseitigen Erwerbsart zum Schaden des Andern geht dahin, daß jedesmal, so oft nicht **mala fides** des verlierenden Theiles als Veranlassung vorhanden ist, dieser Schadensersatz fordern kann. **fr. 23. §. 4, 5. de Rei. vind. (6, 1.) §. 26. Inst. de rer. divis. (2, 1.).**

Um aber zu bestimmen, von wem hier eigentlich Schadensersatz begehrt werden kann, ob blos von dem, welcher den Schaden angerichtet, oder blos vom Besitzer, ist zu unterscheiden:

Derjenige Beschädigte, welcher sich im Besitze befindet, kann von Jedem Schadensersatz fordern, der die Sache vindiciren will, und

---

*) Die Grundsätze dieser Lehre in Thibaut System, §. 741. ff. Mackeldey, 11te Auflage, §. 246, 247. Vergl. Gesterding vom Eigenthum. **Aug. Koch, dissert. de jure ejus, qui speciem ex aliena materia facit. Marburg. 1829.** Guyet, Abhandl. S. 248. ff.



kann die exceptio doli gebrauchen und Retentionsrecht ausüben. Daher gestattet dies auch das fr. 23. §. 4. D. de rei vind. (6, 1.) allgemein.

Befindet sich aber der Beschädigte nicht in Besitz, sondern muß klagen, so kann er in der Regel nur gegen den facientem mit einer actio in factum klagen. fr. 23. §. 5. D. l. c. Gegen den dritten Eigenthümer hat er dann kein Fundament zur Klage. Dies leidet jedoch eine Ausnahme beim dominus tabulae, worauf eine pictura gesetzt wurde, denn diesem geben die Gesetze eine actio in rem utilis. §. 35. Inst. de rer. div. (2, 1.) fr. 9. §. 2. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.), und hiermit kann nichts Anderes gemeint seyn, als daß er eine actio utilis auf Schadensersatz anstellen könne. [1])

§. 25.

b) Ein specieller hierher gehörender Fall ist die actio de tigno juncto. [2]) Wenn bei beweglichen Sachen Jemand das Eigenthum eines Andern mit dem seinigen verbindet, so steht diesem erst die actio ad exhibendum und dann die rei vindicatio zu. Werden hingegen Baumaterialien in ein fremdes Gebäude verbaut, so cessirt die actio ad exhibendum, und wird dem Eigenthümer eine actio de tigno juncto auf Bezahlung des doppelten Werthes gestattet. §. 29. Inst. de div. rer. (2, 1.) fr. 6. D. ad exhibendum (10, 4.) fr. 1. pr. D. de tigno juncto (47, 3.).

Der Ausdruck tignum begreift alle Baumaterialien, (sogar Pfähle des Weinbergs) fr. 7. §. 10. D. de adquir. rer. dom. (41, 1.) fr. 1. de tigno juncto (47, 3.). Diese Klage findet auch gegen den Statt, der bona fide die fremden Materialien verbaut hat, nach §. 29. Inst. de rer. div. (2, 1.) fr. 6. D. ad exhibendum. (10, 4.) fr. 7. §. de adquir. rer. dom. (41, 1.) Doch wird das Gegentheil behauptet und man beruft sich darauf, daß in den 12 Tafeln von einem tignum furtivum geredet werde.

---

1) Galvan. de usufr. (XXV, 13.) Gesterding, §. 53.

2) Majansius disputationes. P. II. No. 48. Vergl. Stryck U. M. l. 47. t. 3. Raeward ad L. XII. Tab. c. 23. B. J. v. Harscamp de tigno juncto, in Oelrichs thesaur. nov. V, II. t. 1. Huber prael. ad Inst. l. 2. t. 1. §. 39. H. Brokes de b. f. poss. circa action. de tigno juncto ad duplum non oblig. Vit. 1758.



fr. 63. D. de donat. inter vir. et ux. (24, 1.) fr. 1. pr. de tigno juncto (47, 3.) — und auf die Unbilligkeit, die darin läge, daß der bonae fidei possessor das Doppelte bezahlen soll. Allein in den 12 Tafeln bezeichnet tignum furtivum überhaupt den Fall, wenn das Material nur überhaupt nesciente domino verbaut worden ist; dieß erhellt aus fr. 63. D. cit. (24, 1.) Eben so wenig kann man sagen, daß es eine Härte sey, denn nach strengem Rechte müßte man das Gebäude umreißen und die Materialien wieder herausgeben. [1]) Daraus ergiebt sich, daß selbst diejenigen, welche heut zu Tage die Pönalklage verwerfen, die actio de tigno juncto gestatten müssen.

Durch freiwillige Auslieferung des Materials kann sich der Besitzer von dieser Verbindlichkeit frei machen. Befindet sich aber der Aedifikant in mala fide, so kann außer der actio de tigno juncto noch mit der actio ad exhibendum auf vollen Schadensersatz geklagt werden. fr. 23. §. 6. D. de R V. (6, 1) fr. 1. §. 2. De de tigno juncto (47, 3.), die gegen den bona fide bauenden unzuläßig ist. fr. 23. §. 6. de R. V. (6, 1.) fr. 1. §. 2. h. t. (47, 3.). Dem widersprechen auch die obigen Stellen nicht, welche sagen, die actio ad exhibendum könne nicht auf Herausgabe des Materials angestellt werden.

Der Streit darüber, ob, wenn der Beschädigte bereits das Doppelte erhalten hat, er nachher, wenn das Gebäude umgerissen wird, noch das Material vindiciren könne, entscheidet sich durch den Unterschied zwischen bona und mala fides, nach welchem sich die widersprechenden Stellen §. 29. Inst. de rer. div. (2, 1.) und das fr. 2. D. de tigno juncto (47, 3.) vereinigen lassen. [2])

---

1) Vergl. Cujacius observ. XXIII. 19. Vinnius ad §. 29. Inst. de rerum divis. No. 2. Ziegler de tigno juncto in discept. sel. edid. Beyer no. 44. Harscamp de tigno juncto in Oelrichs nov. thes. Diss. Vol. II. P. 1. no. 8. Westenberg de caus. obligat. dissert. VI. cap. 2. in opp. t. I. no. 8. p. 128. Majans §. 12. Thibaut §. 729. v. Wening Ingenheim II. §. 348. Unterholzner, Schuldverhältn., herausgegeben v. Huschke, II. Bd. S. 685, 686.

2) Unterholzner, Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke, betrachtet das Doppelte des Anspruchs als reine Buße. II. Bd. S. 686.

§. 26.

c) Bei Verlust des Eigenthums durch Veräußerung des Fiscus.

Allgemeine Regel ist: „wenn der Fiskus eine Sache veräußert, wovon er auch nicht Eigenthümer ist, so transferirt er das Eigenthum auf den neuen Erwerber, und der alte Eigenthümer verliert sein Eigenthum, kann aber dagegen eine Entschädigungsklage anstellen. Const. 2. pr. Const. 3 Cod. de quadriennis praescr. (7, 37.) Diese Entschädigungsklage ist dieselbe, die sonst gegen den Besitzer anzustellen wäre, also namentlich die rei vindicatio. Daraus muß beurtheilt werden, was der Fiskus zu prästiren habe. [1]) Dasselbe gilt auch, wenn der Landesherr oder seine Gemahlin die Veräußerung vornehmen. Die Klage muß binnen vier Jahren vom Tage der Veräußerung angestellt werden, sonst verjährt sie.

§. 27.

d) Bei Verlust des Eigenthumes durch Beerdigung auf unserm Grundstücke.

Hat Jemand einen Todten dahin beerdigt, wo er nicht befugt war, so geschah diese Beerdigung entweder in ein schon gemachtes sepulchrum, dann ist dadurch, da es schon ein locus religiosus ist, kein Eigenthum verloren, sondern nur das jus sepeliendi des Andern gekränkt, und ist die actio de sepulchro violato auf Bezahlung einer Strafe anzustellen. fr. 2. §. 2. ff. D. de religios. et sumpt. fun. (11, 7.) — oder die Beerdigung geschah auf einem loco puro, d. h., der sich in Privat-Eigenthum befindet, und hier findet eine actio in factum auf Schadensersatz Statt. fr. 2. §. 1, 2, 4. D. de religios. et sumpt. funer. (11. 7.). Diese Klage gebührt principaliter dem Eigenthümer, wird indessen auch andern Personen gestattet, die ein dingliches Recht an dem Platze haben. fr. 8 §. 4. fr. 46. pr. D. eod. Der Zweck der Klage ist eigentlich alternativ, auf Wegnahme des Todten, oder Ersatz des Schadens. fr. 7. pr. D. eod. [2])

---

1) Vergl. §. 12. Inst. de usucap. (2, 6.) v. Wening Ingenheim I. Bd. §. 116.

2) Unterholzner, Schuldverhältnisse, herausgeg. von Huschke. II. Bd. S. 706.

§. 28.

e) Lex Rhodia de jactu. [1])

Wenn sich ein Schiff in Gefahr befand, und man, um das Uebrige zu retten, Einiges von der Ladung ausgeworfen und geopfert hat, so soll der Eigenthümer des Aufgeopferten von den Eigenthümern des Geretteten den Ersatz des Schadens **pro rata** fordern können. **fr. 2. proem.** und **§. 2. fr. 3. fr. 5. §. 1. fr. 1. fr. 4. fr. 7. de L. Rhod. d. j. (14, 2.)** Und zwar kann nach römischem Rechte aus diesem Grund nur gegen den Vorsteher des Schiffs geklagt werden, damit dieser dem Eigenthümer der beschädigten Sachen von den Eigenthümern der geretteten Entschädigung verschaffe. **fr. 2. pr. eod. fr. 14. pr. de praescr. verb. (19, 5.)** [2]) Jetzt hält man diesen Umweg nicht mehr für nöthig. [3]) Die Erfordernisse der Begründung der Klage sind nach Thibaut, **a)** daß durch Verletzung, Vernichtung oder Aufgebung der Sachen des Einen, ohne Wiederherstellung derselben (**fr. 4. §. 1. fr. 7. h. t.**) die Sachen der Andern vom Untergang im Wasser oder einer andern Gefahr befreit sind (**fr. 2. §. 3. fr. 4. pr. et in f. eod.**), **b)** daß der Verlierende nicht selbst die Gefahr veranlaßte. War ein Dritter, oder der Führer des Schiffs daran Schuld, so kann zwar gegen Beide auch auf Entschädigung geklagt werden. (**fr. 27. §. 23. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 30. §. 2. locati (19, 2.)**; allein auch gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen ist hier, wenigstens nach jetzigem Rechte, der Regreß aus dem Rhodischen Gesetze zulässig. **fr. 1. fr. 2 pr. h. t.**

Gewiß ist, daß der Auswerfende gegen den Schiffer, oder jetzt gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf Entschädigung klagen kann, wenn ein Dritter den Vorfall herbeiführt, der die Auswerfung nothwendig machte, und den Untergang herbeiführte. Allein unter den Auslegern ist Zweifel, ob eine Entschädigungsklage

1) P. Peck de re nautica, c. not. Vinnii Amsterd. 1661. ad Tit. P. de Lege Rhod. Balduini comment. de lege Rhod. (Heineccii jurispr. Rom. et Attica t. 1.) Bynkershoek comm. ad l. 9. ad leg. Rhod. (op. T. I.) Klügmann diss. de L. Rhodia de jactu. Lovan. 1826. T. Servestens de L. Rhod. Lovan. 1826. E. Spanoghe diss. de L. Rhod. Gandav. 1830. Unterholzner, Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke, II. Bd. S. 353—358.

2) Thibaut, §. 641. ff.

3) Schmidt, von den Klagen, §. 1433. A. M. Cocceji l. 14. t. 2. q. 7.

Statt finde, wenn der Schiffer selbst durch seine culpa den casus herbeiführte. Nach römischem Recht ist dies leicht zu entscheiden, weil es nach diesem Grundsatz war, daß sich der Herr der ausgeworfenen Sachen mit seiner Entschädigungsklage an den Schiffer zu halten habe, und dieser müsse dann weiter die Herren der geretteten Sachen belangen. Davon kann dann aber civilistisch nicht die Rede seyn, wenn der Schiffer selbst in culpa war, weil dann seine Klage durch die exceptio propriae culpae niedergeschlagen werden kann. — Allein die Praxis nahm an, der Herr der ausgeworfenen Sachen könne ohne Umschweif ex aequitatae die Herren der geretteten Sachen belangen, weil ihnen sein Verlust reel genützt. Wie dies Princip angenommen ist, so folgt auch daraus, daß die Herren der geretteten Sachen nie frei von der Entschädigungspflicht sind, und blos einen Regreß an den Schiffer haben, wenn er das Unglück durch seine culpa herbeiführte. Eine fernere Bedingung ist: die Sachen müssen nicht nachher zu Grunde gehen (fr. 2. §. 5. fr. 4. §. 1. eod.) oder von ihrem Eigenthümer derelinquirt worden.

Unter diesen Voraussetzungen kann auf verhältnißmäßige Entschädigung pro rata, gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen geklagt werden, welche also für einander nicht zu haften brauchen. (fr. 2. pr. §. 6. h. t.) Thibaut stellt folgende Regeln für die Berechnung auf: Außer Anschlag bleiben die Eßwaaren und Kleider der Passagiere und die freien Menschen. fr. 2. §. 2. eod. Doch gestattet man jetzt den Angehörigen eines freien Menschen, oder diesem selbst, wenn er auf Gefahr seines Lebens, oder seiner Gesundheit Sachen rettete, Ansprüche auf Entschädigung. Hierauf müssen nach Abzug der Fracht nicht blos die geretteten Waaren und das Schiff, sondern auch die verloren gegangenen Sachen in Anschlag gebracht werden (fr. 2. §. 2. fr. 4. §. 2. eod.), und zwar diese nach dem Einkaufspreis, jene nach dem Werth, für welchen sie verkauft werden können. (fr. 2. §. 4. eod.) Ist so die Summe gefunden, so müssen beide Theile sich einen verhältnißmäßigen Abzug gefallen lassen, und der Schaden ist auf Alle zu repartiren.

§. 29.

Diese Lex Rhodia gieng auf einen sehr speciellen Fall, es liegt aber das allgemeine Princip zu Grunde, Niemand soll sich mit

dem Schaden des Andern bereichern; wer daher sein Eigenthum zum gemeinen Besten aufgeopfert hat, muß schadlos gehalten werden. fr. 1. D. h. t. Dies Princip kann nun namentlich bei Feuersgefahr und Kriegsschäden noch in Betracht kommen; allein folgende Punkte sind im Auge zu halten: a) Die L. Rh. supponirt eine **absichtliche** Aufopferung zum allgemeinen Besten, b) es muß Etwas aufgeopfert worden seyn, was sich in gleicher Gefahr mit dem Uebrigen befindet. Die L. Rh. kann also keine Anwendung finden, wenn bei allgemeiner Gefahr eine Sache sich in größerer Gefahr befand und aufgeopfert wurde; eben so wenig findet sie Anwendung, wenn Etwas, was außer Gefahr war, aufgeopfert wurde, sondern treten hier die Grundsätze der negotiorum gestio ein. c) Es sind bestimmte Interessen vorhanden, denen dadurch gleichmäßig genützt wurde.

Demnach findet bei einer Feuersbrunst, wenn einige Häuser niedergerissen werden, die L. Rh. keine Anwendung, denn die niedergerissenen Häuser waren in größerer Gefahr, es ist keine bestimmte Grenze von Personen anzunehmen, die kontribuiren sollen, und läßt sich kein Maßstab der Kontribution angeben, indem die Gefahr Haus für Haus abnimmt. Bei Kriegsschäden ist die L. Rh. eher anzuwenden, nur ist zu unterscheiden: a) der Feind hat vorzugsweise Uns Etwas genommen und dies ist den Andern zu Gute gekommen, hier findet die L. Rh. keine Anwendung, weil es an freiwilliger Aufopferung fehlt, oder b) der Feind hat vom Ganzen gefordert, und es haben Einzelne unter Leitung der Obrigkeit hergegeben: hier ist die L. Rh. begründet. Ebenso können sich wohl die Eigenthümer von Ländereien, auf welchen ein neuer Deich gegraben wird, auf die L. Rh. zur Entschädigung stützen. *)

*) Lauterbach, dissert. acad. P. I. No. 3. Vergl. noch W. A. Lauterbach de aequit. et extens. L. Rhod. Tub. 1671. F. Platner pr. super usu L. Rhod. in bello terrestri. F. C. Walther (Praes. L. F. Malblanc) dissert. ad L. 2. §. 2. de L. Rhod. Tub. 1801. Eichmann, der Kriegsschäden-Ersatz, nach Grundsätzen des Civilrechts. Archiv für civil. Praxis. 8. Bd. 1. Hft. No. 5. Pufendorf T. 4. obs. 107. G. M. Weber, über Repartition der Kriegsschäden. Glück, Pand. 17. Bd. S 395—411. Böhmer, Rechtsfälle, Bd. 1. No. 21. Thibaut, von der logischen Auslegung, S. 81. Kritz, exeget. prakt. Abhandl. No. 4. Puchta, von den Klagen. §. 162—163.

§. 30.

2) Insonderheit, weil ein Dritter sich durch meinen Schaden bereichert.

Der leitende Grundsatz ist hier der: wenn ein Dritter mein Eigenthum besessen und veräußert hat und dies nun zu Grunde gegangen ist, so kann ich von dem ehemaligen Besitzer verlangen, daß er das aus dem Verkaufe gelöste Pretium als Entschädigung herausgebe. fr. 23. D. de reb. cred. (12, 1.) fr. 49. de negot. gest. (3, 5.) fr. 17. pr. de rei vind. (6, 1) Const. 1. Cod. de rebus alien. non alien. (4, 51.); gleichviel ob der ehemalige Besitzer die Sache titulo lucrativo oder oneroso besessen, sich in bona oder mala fide befunden hat. Die Klage, die hier zum Ersatz hilft, ist entweder die actio negotiorum gestorum oder die condictio sine causa. Das fr. 17. cit. gestattet die erste, das fr. 23. cit. die letztere. *)

Die Lehre von den Impensen, welche auf demselben Grundprincipe beruht, daß Niemand sich mit dem Schaden des andern bereichern soll, betrachten wir im zweiten Theile dieses Abschnitts; von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz bei Gelegenheit von Kontraktsverhältnissen.

§. 31

Kapitel II.

Verbindlichkeit zum Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen.

A. Unerlaubte Handlungen im Allgemeinen.

Für unerlaubt gilt Alles, was durch die Gesetze besonders verboten ist. In diese Klasse gehört auch die Unterlassung solcher Handlungen, die das Gesetz geboten hat. fr. 121. D. de R. J.

Alles ist unerlaubt, was indirekt gegen das gesetzliche Verbot läuft. Const. 5. init. Cod. de legib. et const. (1, 14.) Die Römer unterschieden in dieser Hinsicht contra legem facere und in fraudem legis facere; ersteres, wenn man direkt, letzteres,

---

*) Cujacius ad Africanum tract. 2. init. tract. 8. initio.

wenn man indirekt gegen die Gesetze handelt: Beides ist gleich unerlaubt. fr. 29. D. de legibus, SC. (1, 3.) fr. 29. §. 1. ad S. C. Vellej. (16, 1.) fr. 6. §. 3. de jure patronat. (37, 14.).

Alles was die Rechte eines Andern beeinträchtigt, ist eo ipso unerlaubt, in welchem Falle auch das damnum indirectum zu vermeiden ist. fr. 24. §. ult. de damno infecto (39, 2.) fr. 26. eodem. *)

Alle Handlungen, die in ihrem Erfolge einem Andern Schaden zufügen, wenn sie gleich an sich erlaubt sind, sind unerlaubt. Ebenso wenn bei einer an sich erlaubten Handlung die nöthige Vorsicht nicht angewandt wird. fr. 27. §. 9. fr. 31. ad L. Aq. (9, 2.) (Die Ausnahmen davon weiter Unten.) Endlich sind unerlaubt alle Handlungen, die eine moralische Schändlichkeit mit sich führen, contra bonos mores gehen, daher das turpe und injustum oft gleiche Wirkung hat. fr. 15. D. de condition. institution. (28, 7.) fr. 26, 61. de verbor. obl. (45, 1.). Darauf beruht es auch, daß die Römer Alles für unerlaubt ansahen, was man trotz eines Rechtes dazu unternimmt, um einen Andern einen Tort anzuthun. fr. 1. §. 12. fr. 2. §. 9. D. de aqua et aqua pluv. (39, 3.) fr. 3. de oper. publ. (50, 10.)

§. 32.

Im Allgemeinen machen alle unerlaubten Handlungen überhaupt, so bald eine schädliche Wirkung für fremde Rechte aus ihnen hervorgeht, verbindlich, Schadensersatz zu leisten, da sie von dem vernünftigen oder verständigen Rechtssubjekte, dem Menschen, ausgehen, der in seiner Brust das Gefühl der Rechtlichkeit trägt, und darum jede begangene Unrechtlichkeit büßen muß. Jedoch kann in der Handlung selbst ein Grund liegen, welcher diese Verbindlichkeit aufhebt und also das gegentheilige Recht auf Schadensersatz entfernt. Wir finden drei solcher Aufhebungsgründe aus der Natur der Sache.

I. Hat man bei einer Handlung Alles gethan, um den Schaden zu vermeiden, oder ließ sich derselbe gar nicht vorhersehen, so fällt aller rechtliche Grund der Verbindlichkeit weg, man ist für das

*) Löhr, Theorie der culpa, §. 16. S. 89. ff. Hänel, Schadensersatz, §. 5. u. 6.

Geschehene nicht verantwortlich, und der entstandene Schade muß wie ein casueller betrachtet werden. Doch ist in diesem Falle erforderlich, daß die Handlung auch aus Nothwendigkeit unternommen war und nicht ohne Noth oder aus blosem Muthwillen, da sonst die Verbindlichkeit zum Ersatz nicht aufgehoben würde.

Hiermit stimmt das römische Recht vollkommen überein, wie wir sehen in folgenden Stellen: **Casum sentit dominus. fr. 1. fr. 52. §. 4. D. a. leg. A. (9, 2.) fr. 7. ad leg. Corn. de Sicar. (48, 8.) fr. 9. §. 4. fr. 10. ad leg. Aq. adde fr. 23. in fine de Reg. jur. (50, 17.) Const. 6. Cod. de pign. act. (4, 24.) fr. 15. §. 6. D. loc. cond. (19, 2.).**

II. Sobald der Beschädigte seiner eignen Schuld die Verletzung zuschreiben muß, und nicht die Handlung des Beschädigers für sich allein oder aus selbstständigem widerrechtlichen Grund die schädliche Wirkung hervorbrachte, erlischt die Verbindlichkeit des Letztern, den Schaden zu ersetzen. Eine Ausnahme findet dann Statt, wenn die Schuld des Beschädigers größer ist, als die des Beschädigten, in welchem Falle das Recht auf Ersatz wieder hervortritt. (**dolus culpa est pejor**) Auch diesen Grundsatz finden wir im römischen Recht.

Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur sentire. fr. 3. §. 3. D. de eo, per quem f. e. (2, 10.) fr. 203. de R. J. (50, 17.) fr. 4. fr. 5. proem. ad l. A. (9, 2.) fr. 45. §. 1. D. de act. E. V. (19, 1.)

III. Wer zur Vornahme einer Handlung ein besonderes Recht hat, wird nicht verbindlich gemacht, wenn durch die Ausübung dem Andern ein Schaden zugeht, so ferne nur der Beschädigende innerhalb den Grenzen seines Rechtes geblieben ist und der Schade nicht unvermeidlich war, ohne die Ausübung des Rechtes zu unterlassen.

Auch diesen Grundsatz kennen die römischen Gesetze an. **Qui jure suo utitur nemini injuriam facit, (neminem laedit.) fr. 151. de R. J. (50, 17.) fr. 26. de damn. inf. (39, 2.) fr. 24. D. eodem. fr. 25. eod. fr. 1. §. 3. sq. de per. et commod. rei vend. (18, 6.) fr. 36. de dolo malo. (4, 3.) fr.**

154. de R. J. fr. 4. fr. 5. pr. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 30. pr. D. eod. fr. 7. §. 4. quod vi aut clam. (43, 24.) [1])

§. 33.

Ein wesentliches Erforderniß der Begründung des Schadensersatzes aus unerlaubten Handlungen ist, daß die Handlung imputabel sey; d. h. a) die handelnde Person muß der Imputation fähig seyn. Hierher zu beziehen, was wir oben §. 15. bei den Bedingnissen zum Rechte auf Schadensersatz im Allgemeinen, von dem Furiosus, Pupillus und Betrunkenen gesagt haben. b) Die Handlung an sich muß von der Beschaffenheit seyn, daß sie imputirt werden kann. Hier ist aber natürlich, daß, sobald man zu einer Handlung speciell berechtigt ist, und einem Andern dadurch Schaden entsteht, der Schadensersatz wegfällt. (Vergl. die vor. §.) fr. 151. D. de R. J., ebenso gewiß ist, daß rein kasuelle Handlungen vom Schadensersatz frei machen. §. 3. Inst. de L. Aq. (4, 3.) fr. 29. §. 2—4. D. ad L. Aq. (9, 2.).

Schuldlose [2]) Handlungen werden in vielen Stellen ganz frei erklärt. Z. B. fr. 31. fr. 52. D. ad L. Aq. (9, 2) Hingegen in andern Fällen soll man auch durch schuldlose Handlungen zum Schadensersatz verbunden werden, z. B. fr. 25. §. 2. D. ad S. C. Trebellian. (36, 1.) fr. 91. §. 2. de V. obl. (45, 1.) Nach unserer Ansicht ist darauf zu sehen, ob man mit dem Beschädigten in Kontrakts-Verhältniß stehe oder nicht, so daß im ersten Falle man zum Schadensersatz verbunden ist, im zweiten nicht. Ob die culpa, die zum Grunde liegt, eine direkte oder indirekte sey, ist einerlei. §. 2. Inst. quib. mod. re contr. (3, 15.) fr. 5. §. 7. fr. 18. pr. D. commod. vel c. (13, 6.) fr. 13. §. 3. locati cond. (19, 2.).

---

1) Hierher gehört auch der b. f. possessor. fr. 31. §. 3. D. de her. pet. (5, 3.) fr. 25. §. 10 eodem. Und zwar bis zur L. Contest., denn so lange sehen ihn die Gesetze als Eigenthümer an. fr. 16. §. 1. fr. 36. §. 1. fr. 68. de Rei vind. (6, 1.) fr. 13. u. 14. eod. Cujacius ad L. 91. de Verb. Obl. Dagegen Wehrn, Cap. IV. §. 31. S. 212. Wo Schadensersatz eine Nebenprästation ist, erlischt er mit der Hauptklage, wovon Unten.

2) Davon im folgenden §.

§. 34.

Bei Handlungen nehmen die Gesetze nicht blos auf diese selbst, sondern auch auf die Absicht des Urhebers Rücksicht und auf den Antheil, den sein Wille dabei hat, wenn von Erlaubtheit derselben die Rede ist. Die Bestimmung nun, in wie fern eine Handlung dem Urheber als erlaubt oder unerlaubt anzurechnen sey, ist die rechtliche Imputation. Ihre Grundsätze sind verschieden bei äußerlich erlaubten und äußerlich unerlaubten Handlungen, und sie ist nicht zu verwechseln mit der moralischen Imputation.

Eine an sich erlaubte Handlung kann dem Urheber als eine unerlaubte imputirt werden, so oft sie Mittel zu einem unerlaubten Zweck ist, jedoch nur, wenn wirklich die Absicht auf etwas Unerlaubtes gerichtet war; sobald Jemand hingegen nur aus Nachlässigkeit an sich erlaubte Handlungen vornimt, die schädliche Folgen haben, so kann keine Imputation Statt finden. Dies ist culpa sine effectu.

Bei unerlaubten Handlungen hängt es von der Willkühr und Absicht des Urhebers ab, ob sie ihm als unerlaubt zu imputiren sind. Ist seine Willkühr eine gesetzwidrige, so ist seine Handlung eine unerlaubte, und entspringt diese aus Bosheit oder Schwäche und Nachlässigkeit. Dem zufolge ergeben sich vier Klassen von Handlungen, die wir zu betrachten haben, als:

a) schuldlose Handlungen, bei denen die Willkühr der Person Antheil an der Handlung hat, aber ohne Gesetzwidrigkeit;

b) dolose Handlungen, welche der Urheber mit Absicht, bösem Vorsatz, vornahm;

c) kulpose, aus gesetzwidriger Willkühr des Urhebers hervorgegangen, aber nicht aus bösem Vorsatz, sondern nur aus Schwäche und Nachlässigkeit;

d) kasuelle, wenn die Handlung blos von körperlichen Kräften herrührt, ohne Antheil des Willens.

§. 35.

Schuldlose Handlungen.

Bei ihnen kömmt es darauf an, daß aus ihnen ein äußeres gesetzwidriges Resultat entstehe; die Handlung muß ferner aus unsrer Willkühr entstanden seyn, so daß sie hätte unterlassen werden kön-

nen, endlich muß diese Willkühr keine gesetzwidrige gewesen seyn. Dies Alles ist auf doppelte Weise möglich.

a) Wenn man im Drange der Umstände handelte, um noch schlimmere Folgen abzuwenden. fr. 3. §. 7. f. D. de incendio ruina (47, 9.); *) jedoch ist dies natürlich nur anzunehmen, wo es die Gesetze ausdrücklich gestatten.

b) Die schuldlose Handlung kann herrühren aus einer schuldlosen Unwissenheit des Urhebers, dazu ist hinreichend, wenn er alle erforderliche Aufmerksamkeit angewendet hat, die man billig fordern kann. fr. 31. f. fr. 52. §. 4. D. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 29. §. 2. mand. v. c. (17, 1.).

§. 36.

Dolose Handlungen.

Sie entstehen aus dem Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit, wozu gehört, Kenntniß des Gesetzes und daß die vorliegende Handlung unter dies Gesetz fällt; und aus schlechten, niederträchtigen Beweggründen; sobald Jemand aus Schwäche oder guter Absicht ein Gesetz übertrat, ist kein dolus vorhanden. fr. 7. §. 7. D. de dolo malo. (4, 3.) fr. 7. pr. depos. v. cont. (16, 3.) fr. 8. § 10. fr. 29. pr. mand. v. c. (17, 1) fr. 14. §. 2. de custodia et exhib. (48, 3)

Nicht erforderlich dagegen ist, daß die Rechtsverletzung der letzte Zweck und die eigentliche Absicht der Handlung war, denn theils kann man das Unrecht blos um des Unrechtes wegen thun, theils dabei einen bestimmten Vortheil im Auge haben.

Vom *Dolus* insbesondere.

a) Nach natürlichen Principien.

Wenn es überhaupt wichtig und nothwendig ist für das Studium jeder Wissenschaft, dieselbe in den Grenzen zu halten, welche aus ihrer Idee hervorgegangen sind, so muß auch der Civilist in dieser Lehre, in welcher er mit dem Forscher des Strafrechtes zusammentritt, sein Gebieth vor allem Fremdartigen zu sichern und für sich selbst zu bestimmen suchen. Ausschließen wird er demnach Alles, was

*) Vergl. Unten bei Behandlung der L. Aquilia.

die Ableitung, den innern Zusammenhang und die Verschiedenheit der Strafbarkeit betrifft, und den dolus blos in Beziehung auf die aus demselben hervorgetretene Wirkung und die zu entstehende Verbindlichkeit für Ersatz zu erklären, wird seine Aufgabe seyn.

Aller dolus ist darum für Ihn auch nur Einer, soferne nicht die Verschiedenheit in der Außenwelt aufzufinden ist, und unberührt mag es ihn lassen, was dem Kriminalisten so überaus wichtig ist, ob der dolus da indirekt oder direkt, ob er determinirt oder indeterminirt, oder keines von allen sey oder seyn könne. Aber das Wesen des dolus liegt im Innern des Menschen, seine Erkennbarkeit in den mannigfaltigen Aeußerungen des Innern, so ferne nur ein Schluß daraus zu machen ist, dessen Möglichkeit indeß immer auf Erfahrung gegründet, bald mehr, bald weniger, nicht immer volle Gewißheit geben wird. Dies kann auch dem Civilisten nicht gleichgültig seyn, obgleich es ihm nur darum zu thun ist, den Ersatz der vorliegenden Beschädigung zu reguliren, und er mit dem Ersatze selber nur Gutes, und nicht ein Uebel, wie die Strafe, zufügt. Bloßer Willkühr darf auch da Nichts überlassen werden, und der Gesetzgeber muß bestimmte Normen festzusetzen trachten, woran auch als Grund des Ersatzes der dolus kennbar gemacht wird.

Dolus überhaupt bezeichnet eine böse Absicht, und in jeder bösen Absicht liegt ein Wollen und ein Wissen, jenes als das Gegentheil nicht nur alles Zufälligen, sondern auch alles andern Wollens, als ein bestimmtes Wollen. Dieses als das Vorsetzen eines Zweckes, wie ein vernünftiges Wesen ihn dabei denken kann, und welcher Zweck unerlaubt ist. Dolus ist daher die Richtung des Willens auf die Erfüllung eines unerlaubten Zweckes, und sobald die Aeußerung des Willens eine solche Wirkung hervorgebracht hat, daß aus sichern Anzeigen geschlossen werden kann, jene Wirkung sey der vorgesetzte Zweck gewesen, so wird die Handlung als dolose zu betrachten seyn. — Zu hoffende Vortheile können in dieser Hinsicht oft wohl die sichersten Anzeigen geben, allein im Begriffe des dolus liegt der Vortheil schlechterdings nicht: da die böse Absicht oftmals auf ganz andre Zwecke gehen kann, als auf unerlaubten Gewinn.

Verschieden von dolus in seiner wahren Bedeutung ist der Betrug; denn jeder Betrug setzt einen dolus voraus, und ist erst ein

Resultat aus diesem und dem damit verbundenen Irrthume des Betrogenen oder Beschädigten. Wohl ist deßhalb jeder Betrug dolose, und hat die Folgen des **dolus** überhaupt; umgekehrt aber nicht jeder **dolus** Betrug, und es leuchtet ein, daß die Uebersetzung des **dolus** in Betrug nicht immer richtig ist. — Aeußert sich der **dolus** in einem eigentlichen Thun, so kann man ihn positiv heißen; negativ aber, wenn irgend eine Verbindlichkeit zu einer Handlung da war, und die böse Absicht sich in der Unterlassung derselben ausspricht. Da der **dolus** die absichtliche Thätigkeit oder Nichtthätigkeit seyn kann, welche bei einem Andern einen Willen erzeugt, der ohne dies nicht bei ihm entstanden wäre, der Andere ohne diesen **dolus** an ein bestimmtes Rechtsgeschäft gar nicht gedacht hätte; oder aber der **dolus** ein solcher seyn kann, welcher, da schon ohne ihn der Wille, dies Rechtsgeschäft zu machen, entstanden war, noch in andrer Beziehung Einfluß auf das Rechtsgeschäft hatte, so ist auch die weitere Eintheilung in **dolum causam dans** und **dolum incidens** vernünftig begründet. Nicht so aber scheint es uns mit der Unterscheidung in **dolum ex proposito** und **dolum ex re**. Es giebt keinen **dolus** ohne Vorsatz: gerade in der bösen Absicht besteht ja sein Charakter, und wo diese böse Absicht wegfällt, ist gar kein **dolus** vorhanden. Wußte ich also z. B. nicht, daß die Uhr, die ich für golden verkaufte, dies nicht sey, und erfahre es erst nachher, wo soll da der **dolus** seyn? (der Wille, in der Richtung auf die Erfüllung eines unerlaubten Zweckes gerichtet.) War es nicht Irrthum? Ich trage von der Zeit an nur das Bewußtseyn, daß ich mich geirrt — nicht aber, daß ich widerrechtlich gehandelt habe. Billig wird es seyn, wenn ich dem Käufer den zugegangenen Schaden wie immer ersetze; rechtlicher Weise kann er ihn aus dem Grunde des Betruges oder der Arglist nicht fordern. Vom Irrthum und den daraus entspringenden Folgen ist aber hier keine Rede. Etwas ganz Anders ist es, wenn ich mit diesem Bewußtseyn, daß dem Andern durch meinen Irrthum Schaden zugegangen ist, aus diesem Geschäfte nun eine Forderung an ihn stelle. Hier geht denn mein Wille auf die Erreichung eines unerlaubten Zweckes, es ist wahrhaft ein böser Vorsatz, und mit Recht setzt mir daher der Beschädigte die **exceptio doli** entgegen.

§. 37.

Die privatrechtliche Wirkung jedes wahren **dolus** besteht in dem vollen Ersatze des dadurch zugegangenen Schadens; es läßt sich schlechterdings kein Grund denken, welcher diese Folge aufheben könnte, wenn sie anders begehrt wird, da sie aus dem obersten Princip alles Rechtes abgeleitet werden muß. Verträge, welche im Voraus Betrug und dolose Handlungen erlauben, müssen von jeder vernünftigen Gesetzgebung verworfen werden; auf Ersatz des Schadens kann verzichtet, aber die Begehung schändlicher Handlungen nicht erlaubt werden. Es bedarf keiner weitern Ausführung, welche schrecklichen Wirkungen, welche Uebervortheilungen etc. die entgegengesetzte Billigung solcher Verträge hervorbringen würde.

Von größter Wichtigkeit ist die Erklärung, ob der **dolus** präsumirt oder erwiesen werden müsse. Die gewöhnliche Ansicht sagt: er muß bewiesen werden, wenn ihn nicht das Gesetz präsumirt, welches bei jeder äußerlich unerlaubten Handlung der Fall ist. — Ueber den Ausspruch des positiven Rechtes behandeln wir das Nöthige im Verlaufe; jetzt untersuchen wir, ob solche **praesumtio juris** nach den natürlichen Principien Statt finden könne oder nicht.

Fast keine Meinung in der ganzen Jurisprudenz widerstrebt so sehr dem natürlichen Gefühl, als die der Präsumtion des **dolus**. Unwillkührlich schaudert man vor der Ansicht zurück, welche dem Menschen gegen alle billigere Empfindung die Bosheit gleichsam aufdrängt, um so zu sagen dem Gegentheil oder dem Richter leichteres Spiel und freieres Feld zu verschaffen. Welche Herabwürdigung für den Bürger, der in eine Begebenheit vielleicht zufällig verflochten, sich plötzlich vom Staate aller Rechtlichkeit beraubt — als böse dargestellt, präsumirt wird, bis es ihm schwer genug, vielleicht gar nicht gelingt, die unrechtliche Vermuthung abzuwälzen. Ständen wir auf dem Gebiethe des Strafrechts und hätten die Konsequenzen aufzudecken, welche diese Inkonsequenz des Rechtes zur Folge hat, so würden wir Vieles gegen die Behauptung der Präsumtion gewinnen können. Aber alles Gefühl und jede Empfindung bei Seite, wollen wir nur untersuchen, ob diese **praesumtio** in dem Charakter der Gerechtigkeit liege oder nicht.

Dolus ist an sich, seiner Wesenheit nach, immer **dolus**, er mag sich in äußerlich erlaubten oder unerlaubten Handlungen zeigen; ob

er größer oder kleiner sey, ändert Nichts. Es muß daher nicht aus der Natur des dolus selbst hervorgehen, daß er präsumirt werde, sondern aus der äußerlichen Verschiedenheit seiner Offenbarung in unerlaubten Handlungen. Nun fragen wir aber, wann sind die Handlungen — da wir jetzt über ein Individuum urtheilen müssen — für das Individuum unerlaubt? Offenbar nur dann, wenn sie vom Individuum widerrechtlich verübt sind. Diese Widerrechtlichkeit besteht, wenn ein Verbrechen da seyn soll, in der bösen Absicht, im *dolus*, die Handlung selbst ist dolose. Als eine unerlaubte Handlung des Individuums gilt daher nur die Handlung, welche widerrechtlich — dolose geschieht. Also soll bei einer dolosen Handlung der *dolus* präsumirt werden. Was ist eine solche Präsumtion? Liegt nicht in ihrer angenommenen Nothwendigkeit eine petitio principii? — Dasselbe findet man in dem nur veränderten Ausdrucke des Ganzen, wenn man sagt, daß die eine schädliche Wirkung hervorbringende Handlung, ohne Absicht auf diese Wirkung, ausnahmsweise, nicht aber in der Regel, vorkäme, und daher der dolus wegen der Regel präsumirt werden müsse. Es giebt keine solche Regel und keine solche Ausnahme. Die einzige wahre Regel ist es: er hat gehandelt, weil er handeln wollte. Ueber das Wie des Handelns, und darüber, in welchen Fällen eine böse, in welchen Fällen eine gute Absicht zum Grunde lag, kann schlechterdings keine Regel geradehin aufgestellt werden. Immer ist die sogenannte Ausnahme eben so denkbar. Der dolus, wenn er in die Außenwelt tritt, wird ein factum. Nun ist es die allgemein gültige Regel, daß ein factum erwiesen werden muß. Warum aber, wenn wir auf den Standpunkt des Gesetzgebers treten, sollen wir gerade bei diesem Faktum eine gesetzliche Ausnahme machen? Wir finden keinen Grund dazu. Schwer ist es allerdings, den dolus zu beweisen; schwer aber auch der Gegenbeweis, ja schwieriger fast noch, und oft gar unmöglich, wenn man die mannigfaltigen Fälle bedenkt, in denen die innere Schuldlosigkeit, eben weil die Unschuld vorhanden ist, sich gar nicht an den Tag legt, gar nicht bewiesen werden kann. Darf man nun deßwegen, um die Schwierigkeit des Beweises des dolus aufzuheben, eine praesumtio dafür hinzusetzen, die im Voraus die Rechtsgleichheit gleichsam abschneidet? Uns scheint es daher, als gäbe das Gefühl in

diesem Punkte einen richtigen Fingerzeig: als zerrisse die eiserne Gerechtigkeit nicht diese seine heilige Ahnung: als wäre es vielmehr gegen alle Gerechtigkeit, den **dolus** zu präsumiren, und unsre Meinung geht dahin, daß der **dolus factum** sey, und daher allezeit bewiesen werden müsse.

§. 38.

b) Nach römischen Gesetzen.

Die gesetzliche Definition ist von der oben Gegebnen dem Sinne nach nicht verschieden. Auch der Römer fordert zum **dolus** den bösen Vorsatz, die böse Absicht (**fr. 7. §. 7. D. de dolo malo (4, 3.) fr. 8. eodem. fr. 1. pr. Depos. v. cont. (16, 3.) fr. 8. §. 10. fr. 29. pr. mandat. vel contr. (17, 1.) fr. 7. §. 9. de Pact. (9, 2.)**, die auf den unerlaubten Zweck gerichtet ist, einem Andern zu schaden. Mannigfaltiger ist indeß der wörtliche Ausdruck. *)

Um den **dolus** als böse Absicht recht genau zu bezeichnen, und davon zu sondern, was man als erlaubte List ansieht, und was ebenfalls in der römischen Sprache List heißt — wird auch oft **malus** hinzugesetzt und als hinzugesetzt betrachtet, wenn das Wort weggeblieben ist. **fr. 1. §. 3. de dolo malo. (4, 3.)** Jedoch wird der **dolus** zuweilen unter **culpa** im weitesten Sinne verstanden; wobei **culpa** beiläufig das bedeutet, was wir in unsrer Sprache mit Schuld bezeichnen. **fr. 5. §. 1. D. ad leg. Aq. (9, 2.)**

Dolus ist ferner den Römern jede wissentliche Widerrechtlichkeit. **fr. 2. §. 3—5. D. de cust. et exbib. (44, 4.) fr. 177. §. 1. D. de R. J. (50, 17.)** Daher heißt jede Weigerung herauszugeben, was man in Händen hat und schuldig ist: **dolus. fr. 36. in fine de pecul. (15, 1.) fr. 1. §. 47. Depos. v. contr. (16, 3.) fr. 1. §. 47. Depos. v. contr. (16, 3.) fr. 8. §. 9. mand. v. contr. (17, 1.)**

Zuweilen wird auch wohl der **dolus culpa** genannt. **fr. 5. §. 1. ad L. A. (9, 2.) fr. 3. depos. (16, 3.).**

Betrug und **dolus** wird nicht unterschieden, sondern im Gegentheile für gleich gehalten, wie sie denn der rechtlichen Wirkung nach

*) Coccejus exerc. cur. Tom. I. p. 69

nicht gesondert werden. fr. 69. de V. S. (50, 16.) fr. 79. de R. J. (50, 17.) fr. 3. §. 3. pro Socio. (17, 2.) Siehe dagegen Cujac. Comment. ad Tit. de pact. verb. »sed si fraudandi.« (Tom. I. p. 927.)

Endlich bedeutet dolus so viel als böser Vorsatz im Gegensatz von culpa. Nach der alten Ansicht aus den römischen Gesetzen ist dann dolus in der Hauptsache böser Vorsatz im Gegensatz von Illegalitäten aus Nachlässigkeit (culpa).

§. 39.

v. Löhr hat zuerst in seiner Theorie der culpa und dann in den Beiträgen zur nämlichen Rechtsmaterie erklärt, daß jener Begriff, den man gewöhnlich dem dolus untergelegt habe, nach römischem Rechte nicht der wahre sey, und daß die Römer in dieser Beziehung ganz anders über den Unterschied des dolus und der culpa urtheilen. Die Resultate seiner Ansicht sind, kurz zusammengefaßt, folgende: Die culpa begreift, als ein Gattungswort, alle Illegalitäten und daher auch den dolus unter sich, was außer dem Sprachgebrauche nicht juristischer Schriftsteller noch viele Gesetzstellen beweisen. Wissenschaft der illegalen Folgen bildet die Grenze zwischen culpa lata und culpa in der eigentlichen Bedeutung. Von der culpa trenne sich der dolus nur so, daß aus Neigung (Freundschaft, Feindschaft, Mitleiden) entstandene Illegalitäten die culpa lata; Gewinnsucht den dolus begründe. Außerdem habe aber der dolus noch eine zweite und dritte Bedeutung. In der zweiten gebrauche man das Wort gewöhnlich, und da begreife denn der dolus die culpa lata unter sich; in der dritten bezeichne er jede illegale positive Handlung, bei deren Vornahme der Handelnde wußte, daß durch dieselbe Schaden entstehen werde. Im Gegensatze wird culpa für jede Unterlassung gebraucht, mit welcher ein solches Bewußtseyn verbunden ist.*)

Was nun zuvörderst die allgemeine Bedeutung der culpa betrifft, so ist gar nicht zu läugnen, daß darunter auch der dolus verstanden werden kann, und wirklich wurde, so wie wir unter unserem deutschen Worte „Schuld" jede Ursache einer erfolgten Beschädigung

*) Löhr, Th. 1. culpa §. 1—7. Beitr. II. S. 17—56.

verstehen. Die klarsten Stellen beweisen das hinlänglich und ebenso der allgemeine Sprachgebrauch. *)

Demungeachtet kann indeß culpa im engern Sinne dem dolus so entgegenstehen, daß sie sich nicht in der Beziehung auf eine verschieden zum Grunde liegende Leidenschaft, sondern nach der wesentlichen Ursache des ursprünglichen Willens unterscheiden, gerade wie Arglist und Versehen, unter dem Worte Schuld begriffen — untereinander in solchem Gegensatze stehen.

Wenn v. Löhr außer seiner eigentlichen Bedeutung von dolus noch zwei andre zuläßt, so fragt sich, ob diese drei Bedeutungen nichts Gemeinschaftliches haben, worin die gleiche Natur des dolus besteht. — Es kann wohl nicht geläugnet werden, daß bei allen ein böser Wille vorhanden sey. „Es liegt in der Gewinnsucht eine Absicht, und wird da böse Absicht sich finden, wo der dolus eine positive illegale Handlung bezeichnen soll.“ Können wir aber umgekehrt

*) Derselb. Th. S. 1—8. Beitr. S. 141. — fr. 15. §. 46. D. de injur. (47, 10.) Const. 2. Cod. Theod. de inst. r. (9, 3.) Cic. in Verrem. l. 2. or. 5. c. 17. ad Att. (11, 24.) Auch ist dieser Sinn des Wortes gar nicht ungekannt geblieben, sondern meist richtig aufgeführt und mit Stellen belegt. Prousteau ad L. contr. 23. cap. 3. (Meermann. T. III.) D. Avezan lib. contr. c. 26. (Meermann. T. IV.) Del Rio ad L. 23. de R. J. c. 1. Rittershus, eodem l. cap. 5. Gothofred l. c. in op. min. p. 795. Coccejus in tract. de dol. et culp. praest. — exerc. curios. T. I. tract. 4. Diss. 2. u. Sect. 2. n. 16. Bargalius tract. de dol. et culp. lib. 2. cap. 4. No. 20. lib. 5. Cap. 1. No. 1—9. Bork in comment. de culp. in contr. §. 3—10. Cornel van Ek. tit. Dig. commod. vel contr. th. 17. Tichler de praet. dol. culp. et cas. th. 10. Glück, Erläut. — de pactis. §. 321. n. 4. A. Sonde de R. J. zu fr. 23. pag. 141. Gudelinus regul. jur. utr. Antwerp. 1646. cap. 17. No. I. Collat. jur. argent. l. 4. t. 3. th. 5. Edenus in tract. jur. de damn. praest. pars 2. tit. 1. Sectio 1. Lauterbach ad lib. D. 13. tit. 4. Wesenbeck eod. etc. Vergl. Hänel §. 13. Eivers de culpa pag. 7. ff. Hasse, culpa des römischen Rechts, §. 17. Vergl. noch: F. N. Spiering ad l. 5. Cod. de dolo malo. L. B. 1808. M. Semmer über d. s. g. dolus indirectus. Landshut 1817. Gönner, Revis. d. Begriffs u. Eintheil. d. dolus. Landshut 1810. Vergl. Grolmann, Biblioth. für peinl. Recht. 1. Thl. 1. St. n. 1. 3. St. n. 3. 2. Bd. 1. St. n. 5. Klein, Archiv 1. Bd. 2. St. n. 10. 2. Bd. 2. St. S. 216. ff. Feuerbach, Revis. 1. Thl. 6. Kap. E. v. Löhr Theor. der culpa. Schömann vom Schadensersatz. v. Löhrs Beiträge. — So wenig als „Gewinnsucht“ dürfte „Gewissenlosigkeit“ eine erschöpfende Uebersetzung von dolus seyn. Siehe Unterholzner von den Schuldverhältnissen, herausgegeben v. Huschke. I. Bd. §. 270. ff.

zeigen, daß jene beiden Bedeutungen nur zufällig oder gar falsch sind, so ist dann für unsre Ansicht der Beweis geführt.

§. 40.

Wir behaupten nun: dolus hat nicht die eigne Bedeutung von Gewinnsucht; sondern Gewinnsucht ist nur eine Art des dolus.

1) Die Römer haben noch ein Wort, womit sie das widerrechtliche Hintergehen eines Andern bezeichnen — fraus. Es wird dieses Wort zuweilen austatt dolus gesetzt und bedeutet dasselbe, oft aber wird es auch abgesondert und neben dolus aufgeführt. Doch hängt davon nirgends eine rechtliche Verschiedenheit ab, und es ist nur ein verschiedner Gebrauch der Worte nach verschiednen Richtungen, der zum Grunde liegt. Indeß läßt sich dieser Gebrauch wohl sicher dahin bestimmen, daß fraus die Hintergehung eines Andern durch Täuschung zur Erringung eines Vortheiles sey. *) Eine besondre Bedeutung ist die, in welcher fraus statt delictum selber genommen wird **fr. 23. §. 2. de aedilit. edicto. (21, 1.)**, welche Stelle auch zeigt, wie die Alten fraus oft statt poena setzten. **fr. 131. de R. J. (50, 17.)**. Cicero pro Rab. perd. cap. 9.: »Nam si Rabirius fraudem capitalem commisit, quod arma contra Saturnium tulit **Horat. Od. 28. Lib. 1.** — nocituram postmodo te natis fraudem committere. — Vorzüglich wichtig ist für uns die erstere, weil unter ihr besonders und ganz jene Art des Hintergehens aufgeführt wird, bei welcher es auf Gewinn abgesehen ist, und wo also fraus so viel als täuschende, einen Andern hintergehende Gewinnsucht bedeutet. Vergleiche **fr. 1. §. 11.** si quis omiss. caus. u. **§. 13. (39, 4.)** mit **fr. 4.** inst. **fr. 2.** de his, quae in test. **(28, 4.)**.

Wollen wir dies Wort nun in einigen Stellen betrachten, wo dolus auch angeführt ist, so ergiebt sich, daß dolus nicht den einzelnen Begriff von Gewinnsucht haben könne. **fr. 7. §. 10.** de

---

*) In dieser Bedeutung sang schon **Horat.**: ignem fraude mala gentibus intulit. **L. 10. 3. u. L. 4. Od. 9. v. 36. Cicer. de offic. I, 13.** Cum autem duobus modis, id est aut vi, aut fraude fiat injuria, fraus quasi vulpeculae, vis leonis videtur, und zwar galt es, wie die letztere Stelle zeigt, immer im Gegensatze von gewaltigerem Entreißen.

Pactis (2, 14.). Diese Stelle erklärt sich ganz ungezwungen, sobald man sich unter dolus den bösen Vorsatz oder Arglist überhaupt denkt. So wäre es dann freilich unnütz gewesen, noch besonders des fraus zu erwähnen, da in dem Fall, in welchem der Andere wirklich betrogen war, er die actio über die Arglist anstellen konnte. Welchen unnatürlichen Spitzfindigkeiten ist diese Stelle unterworfen, wenn dolus mit Gewinnsucht übersetzt werden sollte. Eben so ist es mit dem fr. 3. pro Socio (17, 2,). Es ist doch ganz gewiß, daß Gesellschaften auf vielerlei Art in böser Absicht eingegangen werden können, nicht blos um der Gewinnsucht Willen, und dolus malus kann hier um so weniger jene bedeuten, da auch fraus daneben aufgeführt ist. Dazu noch fr. 97. de R. J. (50, 17.). Was sollte unter consilio wohl anders verstanden werden, als der böse Wille, der Vorsatz.

2) Wozu ist wohl Labeo (fr. 1. §. 2. de dolo malo. (4, 3.)), dessen bekannte Definition Ulpian billigt, bemüht, durch so viele Worte die Natur des dolus zu erörtern, da doch, woferne er nichts seyn sollte, als Gewinnsucht, leicht Ein Wort hingereicht hätte? Auch wäre es wirklich sonderbar, daß die Juristen über den gewiß nicht unwichtigen Punkt sich nicht bestimmt geäußert, diesen Begriff des dolus bestimmt aufgestellt hätten!

Dagegen lassen sich alle Stellen, worin vom dolus die Rede ist, nach der Annahme, dolus sey böser Vorsatz, vollkommen erklären.

3) Der dolus, der in Verbrechen betrachtet wird, ist derselbe, welcher im Civilrechte aufgeführt wird — oder warum sollen wir, ohne einen vernünftigen oder gesetzlichen Grund, nun plötzlich zu einer andern Bedeutung unsre Zuflucht nehmen? Wozu würde man aber kommen, wenn man jenen Begriff der Gewinnsucht auch da anwenden wollte? Wie wäre damit zu vereinigen fr. 34. de adult. (48, 5.). Wo ist da Gewinnsucht? fr. 4. ad l. Jul. Maj. (48, 4.) fr. 44. de O. et A. (44, 7.) Bei Injurien. Wir können hier eine Stelle, welche den Vorsatz, und damit also den dolus, so genau von der culpa als Nachlässigkeit — obgleich nur unter der Form der ignorantia betrachtet — sondert, um so weniger übergehen, als sie von v. Löhr *) nach unsrer Ueberzeugung un-

*) Theor. d. culpa. S. 11.

richtig erklärt ist. Es ist der §. 12. tit. I. der Collat. L. L. Mos. et Rom., in welcher Modestinus sagt: »Nonnumquam per ignorantiam delinquentibus jure civile venia tribui solet, si modo rem facti quis, non juris ignoret, quae scilicet consilio delinquentibus praestari non solet. Propter quod necessarium est addita distinctione considerare, utrum sciente, an ignorante aliquo quid gestum proponatur.« — v. Löhr liest solent, und übersetzt consilio „vom Gerichte.“ Worauf soll sich aber dann das solent beziehen? wie das quae dazu passen, welches doch nicht von non juris ignoret abhängen kann, das mit rem in Verbindung steht? ohne daß irgend ein erlaubter Grund vorliegt, das solet in solent zu verändern, giebt auch jenes erstere einen sehr einfachen natürlichen Sinn. Nämlich — quae (venia) non solet praestari [1]) delinquentibus consilio — (proposito). [2]) — So hat die Stelle den Sinn: Freilich ist es etwas Anderes, wenn Jemand mit Vorsatz sich vergieng; da fällt jene Nachsicht weg. Z. B. man wollte den A beschädigen und beschädigte den B, obgleich aus Irrthum. Darauf geht diese Stelle, die unsre Ansicht wohl zuverlässig unterstützt.

§. 41.

Aus allen diesen Erörterungen glauben wir den Schluß machen zu dürfen, daß dolus niemals den bestimmten Begriff von Gewinnsucht habe, sobald eine böse Absicht überhaupt zum Grunde liegt, wenn anders das nicht schon im Worte selbst ausgedrückt ist. — Aber der Gegensatz des dolus und der culpa, in welcher jene positive Verletzung und diese negative seyn soll, ist falsch. [3])

1) fr. 7. ad l. Corn. de Sic. (48, 8). — Ihre Worte sollen den Sinn haben: Bei der l. Corn. werden unter dolus nur

---

1) Brisson. ad voc. praest. init.

2) Brisson. ad voc. consilium init. citat.

3) Vergl. Hasse a. a. O. §. 19. v. Savigny, System d. heut. röm. Rechts, III. Bd. S. 118, bezeichnet dolus als eine unsittliche Verletzung desjenigen Zutrauens, worauf aller menschlicher Verkehr beruht, und als Hauptanwendungen dieses Begriffes: 1) Absichtliches Zuwiderhandeln eines Schuldners gegen den Inhalt seiner Verpflichtung — dolus in Obligationen, als Gegensatz von culpa u. casus. 2) Absichtliche Erzeugung eines Irrthums, wodurch der Irrende zu einer Willenserklärung bestimmt wird.

widerrechtliche, mit dem Bewußtseyn, daß sie den Mord eines Menschen bewirken, vorgenommene Handlungen verstanden, nicht aber Nachlässigkeiten, welche dieselbe Wirkung hervorgebracht haben, wenn sie auch noch so groß sind. Allein diese Stelle kann nicht nur sehr richtig erklärt werden, wenn man unter dolus die Absicht versteht, sondern sie muß so erklärt werden, obwohl selbst das schon Zweifel gegen eine neue Erklärung erregt, daß man ihrer entbehren könnte, da sie doch nur die durchgreifende Einheit des Begriffes zerreißen hilft. Allein der Gegensatz soll in Handlung und Unterlassung — natürlich des Handelns — bestehen, denn wenn v. Löhr später sagt: „denn da in den angeführten Beipielen allein auf die Unterlassung der gehörigen Vorsicht Rücksicht genommen wird, so ergiebt sich daraus, daß dieselben Fälle, wenn mit Absicht gehandelt wurde, nicht als culpa lata, sondern als Handlungen und als dolus behandelt werden müssen" — so ist v. Löhr hier inkonsequent geworden, obgleich er in dem letzten Satze vollkommen wahr spricht; denn es wäre hier blos zu beurtheilen, ob der dolus für eine Handlung, die unterlassen werden sollte, und culpa für ein Unterlassen, wo zu handeln Pflicht war, genommen würde. Nun fragen wir aber, worin denn derjenige eine Unterlassung sich zu Schulden kommen ließ, qui se praecipitaverit? — Wir sehen Nichts, als etwa, daß er hätte noch oben bleiben sollen, wozu ihn doch kein Gesetz verbindet. Und da eben derjenige, welcher herunterwirft, da er schreien sollte, so ferne ihn das Gesetz dazu verbindet (fr. 31. ad L. A. (9, 2.), es unterläßt, und doch ohne Zweifel in dolo seyn kann, so ist der ganze Begriff nicht haltbar.

Ferner ist es überhaupt gewiß, daß auch die Unterlassung dolose sein kann und so weit nach den Worten des fragm. — ad hujus legis exercitationem sich eignen würde, sobald die Handlung Pflicht ist. fr. 3. §. 22. fr. 6. §. 8, 9. de re militari. (49, 16.) Ganz nach der allgemeinen Rechtsregel fr. 121. de R. J. (50, 17.)

Besonders soll aber noch im aquilischen Gesetze dolus als positives Handeln aufgeführt werden. fr. 30. §. 3. D. a. l. A. (9, 2.) §. 3. Inst. de L. Aq. (4, 3.) Diese Klage, sagt v. Löhr (Beitr. S. 42.), kann ihrer Natur nach nur wegen widerrechtlichen positiven Handlungen angestellt werden: es folgt also, daß hier unter dolus diese allein zu verstehen sind. — Allein gerade das beweiset

für uns und gegen diese Ansicht. Eben deßwegen, weil hier nur von positiven Handlungen geredet werden kann, müssen **dolus** und **culpa** in einer ganz andern Bedeutung verschieden sein; denn daß **culpa** hier nicht auf Unterlassen gehen könne, davon sagt Löhr selbst (Beitr. S. 154. No. 1.): »Culpa bezeichnet demnach in dieser Lehre die positive schädliche Thätigkeit," — und zwar nach unsrer angenommenen Bedeutung — der des bösen Vorsatzes, da auch die Gewinnsucht hier nicht anwendbar ist.

Demnach ist uns immer nur Eine Bedeutung des **dolus** übrig geblieben, die des bösen Vorsatzes, die in allen Fragmenten, in welchen von **dolus** die Rede ist, wiederkehrt, und welche mit den oben aufgestellten allgemeinen Vernunftbegriffen übereinstimmt. Er umfaßt Alles, was mit dem bösen Vorsatze zusammenhängt, und alle Operationen, die von dem widerrechtlichen Willen ausgehen, obgleich neben **fraus** auch noch manche andre Worte vorkommen.

§. 42.

Vielseitig theilte man den **dolus** ein, namentlich **Bargalius l. c. l. I. cap. 2.** zählt gegen 10 Eintheilungen auf. Uns berühren nur folgende: **Dolus bonus** und **dolus malus**. Diese Eintheilung begründen **fr. 1. §. 2, 3. de dolo malo. (4, 3.) fr. 7. §. 9. de pact. (2, 14.) fr. 22. §. 3. locat. (19, 2.) fr. 6. §. 7. Quae in fraud. credit. (42, 8,).** [1]) Der Unterschied lag darin, daß man unter **dolus bonus** eine erlaubte List verstand, und unter **dolus** die böse Arglist. [2]) — In den Gesetzen findet man bei den Juristen immer auch da, wo **dolus** allein steht, den Begriff von **dolus malus. fr. 23. de R. J. (50. 17.) fr. 32. D. Depos. (16, 3.) fr. 24. locat. (19, 2.) etc.**

Eine fernere Eintheilung ist die in positiven und negativen **dolus**, welche erhellt aus **fr. 44. mandat. (17, 1.)** und geht auf die bloße Unterlassung einer Handlung, zu der man verbunden ist und die Begehung einer Handlung, die man unterlassen sollte. — In dem Falle, in welchem man Etwas unterläßt, wozu man nicht verpflichtet

1) Vergl. Stryck. diss. III. Bd., diss. 18. cap. 3. no. 20. dolus bonus, hauptsächlich Kriegslist oder zum Zwecke des Schutzes in erworbenen Rechten.

2) Festus voc. dolus.

ist, kann zwar allerdings ein böser Wille vorhanden seyn, doch existirt er für den Staat nicht und bleibt dem moralischen Gebiethe anheim gestellt. Eine weitere Eintheilung ist die in dolum causam dans und incidens. Sie ist begründet durch 6. 7. proem. de dolo malo. (4, 3.) fr. 16. §. 1. de minoribus. (4, 4.) fr. 3. §. 3. pr. socio. (17, 2.) fr. 13. §. 4. de act. E. V. (19, 1.) fr. 7. §. 12. de jure dot. (23, 3.). *) Dolus causam dans ist die absichtliche Thätigkeit oder Nichtthätigkeit, durch welche bei einem Andern ein Wille erzeugt wird, der ohnedies nicht bei ihm entstanden wäre; ohne diesen dolus würde der Andre an ein bestimmtes Rechtsgeschäft gar nicht gedacht haben; dolus incidens ist der, welcher, da schon ohne ihn der Wille, dies Rechtsgeschäft zu machen, entstanden war, noch in andrer Beziehung Einfluß auf dasselbe hatte.

Eine fernere Eintheilung ist noch die in dolus clandestinus und manifestus (apertus). Ulpian in fr. 1. §. 2. de dolo malo (4, 3.), jenachdem der dolus mit Verstellung verknüpft ist oder nicht.

Die Unterscheidung des dolus in dolus ex proposito und dolus ex re scheint uns das römische Recht nicht zu machen, wenn man die Stellen betrachtet, auf die man sie gründen will. In fr. 7. §. 11. de pactis (2, 14.) steht Nichts weiter, als daß eine exceptio doli entgegengesetzt werden kann, es mag nun von Anfang das pactum dolose eingegangen seyn, oder erst nach dem pactum Etwas durch dolus geschehen seyn. Ganz gewiß mit Recht, wie schon oben gesagt, kann dem, welcher auch Anfangs nicht in dolus, sondern z. B. im Irrthum war, wenn er nachher, da er seinen Irrthum einsieht und doch auf Erfüllung dringt, die exceptio doli entgegengesetzt werden. Darum heißt es: sive post pactum aliquod dolo malo factum est. Soll dies nicht dolus ex proposito seyn? Man Vergl. dazu fr. 21. §. 3. de pec. (15, 1.), besonders aber fr. 2. §. 3, 4, 5, 7. de doli except. (44, 4.). In fr. 1. §. ult. Depos. (16, 3.) ist der Fall gegeben, daß ein Erbe, der beim Testator deponirte oder demselben geliehene Sache unwissend, daß

1) Valett, Abhandlung über den Untersch. des dolus causam dans und incidens. Seite 64. u. g. citata ff. Bd. 1. der praktisch. theor. Abhandl. No. 2. Vergl. auch Semmer dol. indir.

sie dies sey, wegbringt. Nun fragt der Jurist, ob der Erbe dafür hafte, und antwortet, er könne für die Sache nicht verbindlich gemacht werden, weil er nicht in dolo sey. Wohl aber setzt er hinzu für den Werth, so weit ihm die Sache zugekommen, da er sich nun in dolo befindet, wenn er das nicht zurückgiebt, was er erlangt hat. Sehr natürlich! er hat die böse Absicht von dem Augenblicke an, wo er sich mit dem Schaden des Andern bereichern will. Dies ist dolus, aber warum ex re und nicht ex proposito? Im fr. 36. de V. O. (45, 1.) endlich ist der Ausdruck dolus ex re offenbar nur quasi — metaphorisch für eine laesio enormis gebraucht, und der dolus dessen, welcher daraus fordert, ist demungeachtet dolus ex proposito, weßwegen gerade der Jurist hinzusetzt: dolo facit.

Daß der dolus jederzeit ohne Ausnahme (siehe jedoch oben §. 32. II. u. III.) das Recht auf Schadensersatz begründet, ist außer allem Zweifel ausgesprochen in fr. 5. §. 2. Commod. (13, 6.) fr. 23. de R. J. (50, 17.) etc. [1]) Selbst bei Schenkungen z. B. muß er prästirt werden. fr. 62. de aedil. ed. (21, 1.) fr. 18. §. ult. de donat. [2]), (wovon noch Unten unter II. Kontraktsverhältnisse). Verträge über Nichtprästation des dolus in futurum waren ungültig. [3]) Das nähere hievon Oben bei der Verbindlichkeit zum Schadensersatz durch das pactum.

§. 43.

Nach unsrer Ueberzeugung ist auch dem römischen Rechte die praesumtio doli fremd, [4]) und wir glauben aus den klarsten Stellen zeigen zu können, daß der dolus nach dem Gesetze allenthalben bewiesen werden müsse. — Deutlich und geradezu sagen die Stellen

---

1) Vergl. Stryck diss. T. II. d. 12, cap. V. No. 54. Coccej. exerc. cur. Tom. I. pag. 59. init.

2) Glück Comment. de pactis. §. 320 (4ter Theil.)

3) Vergl. Stryck l. c. No. 55. idem Tom XIII. d. 1. cap. 4. No. 10. Coccej. l. c. pag. 59.

4) v. Wening Ingenheim, über die Praes. d. dolus im Archiv d. Krim. R. Vergl. Semmer cit. vom dolus indireetus. Vergl. Menochius de praesumt. Ven. 1590. L. V. p. 5. No. 42. Stein de dolo praes. in reb. per se lic. Rost. 1712. Molzer: praes. Hagemann de causis a reo allegand., quae doli praesumt. elidunt. Lugd. Batav. 1810.

in fr. 18. §. 1. de probat. (22, 3.) fr. 19. §. 1. eodem. fr. 17. de except. rei jud. (44, 2.) fr. 1. §. 2. de dol. except. (44, 4.) fr. 7 § 10. de dol. mal. (4, 3.) mit fr. 2. §. 4. Vi bon. rapt. (47, 8.) fr. 79. de R. J. (50, 17.) und Const. 6. Cod. de dol. mal. (2, 21.),[1]) daß der dolus erwiesen werden müsse, und zwar ohne eine Ausnahme zu berühren, oder nur mit Grund einen Zweifel übrig zu lassen, ob man eine Ausnahme gemacht habe oder nicht. Die Worte lauten bestimmt. Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet heißt es, und in der Const. wird sogar der natürliche Weg des Beweises gezeigt, wenn sie sagt: dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. Betrachtet man aber die dagegen angeführten Stellen, fr. 44. mand. (17, 1.) fr. 36. de pecul. (15, 1.) fr. 8. §. 9. mand. fr. 7. pr. de admin. tut. (26, 7.), so finden sich darin blos Angaben von Indicien — von äußern Umständen und Thatsachen, die auf den dolus schließen lassen,[2]) nirgend aber eine praesumtio doli aufgestellt. Selbst wenn uns diese Stellen noch zweifelhaft ließen, müßten wir doch gegen die praesumt. entscheiden, da es alle Wahrscheinlichkeit übersteigt, daß die römischen Juristen in einer Sache von solchem Einfluß und dieser Wichtigkeit bei den vorhandenen Aussprüchen, daß dolus nicht präsumirt werde, nicht mit Bestimmtheit von den dagegen laufenden Ausnahmen gesprochen haben sollten. Die Const. 1. aber ad leg. Corn. de Sicar. (9, 16.) spricht von dem Falle, wo aus Indicien und nach äußern Umständen überhaupt, nicht aber durch eine Präsumtion der dolus anerkannt war, und wogegen der Bruder nur erproben soll: »non occidendi animo hominem a se percussum esse.« Eben dies ist der Fall in der Const. 51. Cod. de Injur. (9, 35.) In dem convicium (Schimpfworte) liegt ein solches indicium des dolus, daß der Beschimpfer nothwendig den entgegengesetzten animus beweisen muß. Läge es nicht außer unserm Kreise, in die Natur der Verbalinjurien einzugehen, so würde diese Stelle noch schärfer

---

1) Vergl. fr. 51. D. pro Socio. (17, 2.) fr. 18. §. 1. de prob. (22, 3.) Const. 10. Cod. de rescind. vend. fr. 2. de prob. fr. 3. §. 7. de re militari (49, 16.) Stryck, diss. Tom. VII. 2, 21. und 22, 5. und 23, 3. Tom. I. 6, 2, 7. Tom. III. 17, 2, 21. und Tom. I, 5, 1 — 10.

2) Thibaut, System d. P. §. 451.

beurtheilt und die Unmöglichkeit einer daraus abzuleitenden praesumtio doli noch auffallender gezeigt werden können.

Deßwegen scheint es uns, daß die allgemeine Regel: „*dolus* muß bewiesen werden" auch im römischen Rechte keine Ausnahme leide, und daß die angeführte **Const. 6. Cod. de dolo malo (2, 21.)** durchaus gültig ist.

§. 44.

Kulpose Handlungen.

Sie entstehen aus wissentlicher Uebertretung des Gesetzes, aber nicht aus Bosheit, sondern Schwäche; ferner, wenn Jemand vermuthet oder geahndet hat, Unerlaubtes zu begehen, sich durch diese Furcht aber nicht davon abhalten ließ; ferner so oft Jemand fremde Sachen und fremde Geschäfte wissentlich schlechter behandelt als die seinen und dem Fremden dadurch Schaden geschieht. Nur mußte er wissen, daß es fremde Geschäfte sind, sonst ist es schuldlose Handlung. **fr. 25. §. 11. fr. 31. §. 3. D. de petit. hered. (5, 3.)**; ferner, wenn Jemand durch Uebernahme eines Geschäfts Schaden zugefügt, wozu es ihm an nöthiger Kenntniß fehlt; **imperitia culpae adnumeratur. fr. 8. §. 1. D. ad L. A. (9, 2.) fr. 9. §. 5. D. locati. (19, 2.) fr. 132. de R. J.**; ferner, wenn Jemand aus bloßer Nachlässigkeit und Mangel an Aufmerksamkeit Gesetzwidriges thut. Endlich, wenn Jemand durch widerrechtliche Handlungen eine Lage veranlaßt, in der ein Zufall Schaden verursacht. Vergl. **fr. 11. pr D. ad L. A. (9, 2.) fr. 18. pr. commodati. (13, 6.) fr. 1. §. 4. de obl. et A. (44, 7.)**

§. 45.

Von Arten und Graden der *culpa* insbesondre.

a) Nach natürlichen Principien.

Culpa in der weitesten Bedeutung heißt **Schuld**, die Ursache eines üblen Erfolges überhaupt, während Schuld in juristischem Sinne das Vergehen gegen Recht und Gesetz ausdrückt. Da aber, wo **culpa** dem **dolus** entgegengesetzt wird, versteht man im Allgemeinen eine **Unachtsamkeit** darunter. Ist es daher beim **dolus** der **Wille**, welcher in einer bösen Absicht sich ausdrückt, so wird es bei der **culpa** der **Verstand** seyn, der so zu sagen nicht die rechte, sondern

eine schiefe Richtung genommen hat. Beide, sowohl **culpa** als **dolus** äußern sich in schädlichen Wirkungen, und können erst da in Betracht gezogen werden, wo diese bereits erfolgt sind. Wie aber der Verstand eine Aeußerung des menschlichen Geistes, des Innern, ist, so muß auch das Wesen der **culpa** im Innern, im menschlichen Geiste, aufgesucht werden. **Culpa**, dem **dolus** gegenüber, ist eine Unterlassung gehöriger Aufmerksamkeit bei der nach Außen gerichteten Wirksamkeit, welche deßwegen, ohne den Willen des Subjekts, schädliche Folgen verursacht.

Die große Differenz der dolosen und kulposen Handlungsweise liegt klar am Tage. Indeß erregt ihre gemeinsame Quelle, das Wollen einer Handlung überhaupt, und dazu ein gewisser Widerwille gegen den trägen und abgespannten Zustand des Geistes auch bei der **culpa** sogleich einen Unwillen gegen den, welcher auf diese Art beschädigt hat, und dies widrige Gefühl, welches uns gewissermaßen jedem Beschädiger abgeneigt macht, scheint der Grundpunkt zu seyn, aus welchem auch die rechtliche Norm für die Verbindlichkeit aus kulposen Handlungen die erste Deutung erhält. In dem Rechte gründet sich die Forderung auf Nichtverletzung der Person und ihrer Zwecke als Person. Wer daher in das Gebiet des Rechtes tritt, muß sein ganzes Wirken nach Außen so regeln, daß keine Verletzung erfolge. Es ist nicht genug, jeden bösen Vorsatz zu unterdrücken, der Mensch darf auch die Besonnenheit nicht fehlen lassen, da es überhaupt schon im Charakter des Menschen und seiner freien vernünftigen Wirksamkeit liegt, ohne Bosheit und ohne Unverstand gerade und besonnen zu handeln. Diese Verbindlichkeit zur Aufmerksamkeit läßt sich gerade nicht läugnen, und es ist vernünftig begründet, wenn das Recht bei kulposen Beschädigungen zum Ersatze zwingt. Der Beschädiger ist doch Schuld daran! — Ohne sein unrichtiges Wirken wäre der Schaden nicht entstanden, den doch nimmermehr der Beschädigte rechtlicher Weise büßen kann. Es ist nicht blos ein Gefühl der Billigkeit, es ist ein wahrhaft rechtliches Gefühl, welches für den Letztren spricht. Unendlich mannigfaltig sind aber die Aeußerungen der Aufmerksamkeit. Während einmal eine allenthalben gewöhnliche Besonnenheit hinreicht, ist ein andermal ein hoher Grad derselben erforderlich. Moralisch mag es seyn, und höchst billig, ein anders woher über den

Nebenmenschen einbrechendes Unglück, eine drohende Verletzung abzuwenden, ist man aber auch zu dieser Art der Aufmerksamkeit rechtlich verpflichtet und verbindlich gemacht?

§. 46.

Indem wir uns in die Nothwendigkeit versetzt sehen, darum bestimmte Grenzen anzugeben, gerathen wir von selbst auf die Eintheilungen der **culpa**. — Ist gleich das Verbindende der **culpa** immer negativ, d. h. das blose Unterlassen der Anwendung eines gewissen Grades von Aufmerksamkeit, so kann doch die Materie der Handlung wieder positiv oder negativ seyn, woraus denn auch die Eintheilung in eine positive *culpa* (in *faciendo*) und eine negative (in *non faciendo*) fließt. Sollte bei der erstern die Aufmerksamkeit darauf gerichtet gewesen seyn, Etwas zu unterlassen, um nicht positiv zu schaden, so müßte bei der letztern die Achtsamkeit dahin gehen, Etwas zu thun (Achtsamkeit zum Zwecke des Handelns), um nicht negative — durch die Unterlassung einer Handlung — zu beschädigen. Diese Abtheilung ist vollkommen erschöpfend und umfaßt jeden denkbaren Fall. Sowohl die positive als die negative **culpa** kann wieder in großer Verschiedenheit gedacht werden, wenn man die Größe der Aufmerksamkeit in Erwägung zieht, welche jedesmal erforderlich gewesen wäre, damit die schädliche Wirkung verhütet worden — Grade der *culpa*, Maßbestimmungen der Besonnenheit. So wenig aber im Rechte Etwas einer Willkühr Preis gegeben werden darf, eben so gewiß ist es die wichtigste Aufgabe einer Gesetzgebung, diese Grade genauer festzusetzen. Allein es entsteht dabei eine unendliche Schwierigkeit und wichtigere Zweifel. Denn woher ist da der Maßstab zu nehmen, der selbst sich immer gleich und richtig bestimmt bliebe? Wenn wir sagen, eine **culpa levis** sey vorhanden, wo die Aufmerksamkeit eines durchaus besonnenen und ordentlichen Mannes vernachlässigt ist; **culpa lata** dagegen, wenn der Fleiß besonnener und gemeinhin vorsichtiger Menschen gefehlt hat; so sehen wir uns nothwendig in die Lage versetzt, weiter zu fragen, in welchem Falle man durchaus besonnen und vorsichtig, und in welchem minder besonnen, minder vorsichtig ist. — Diese Aeußerungen, die eben so mannigfaltig als relativ sind, als diejenigen, für die sie zum Maßstab gebraucht werden sollen, scheinen

eben deßwegen ihre Unzweckmäßigkeit völlig zu verrathen. Nichts gewonnen wäre dadurch, wenn man nach einer gewissen Klasse und Lage des Menschen den Grad ihrer Aufmerksamkeit festsetzen will.*) **Culpa lata** soll da nämlich die Unterlassung des Fleißes seyn, welchen alle Menschen derselben Profession und Kondition, auch die weniger Fleißigen, anzuwenden pflegen; **culpa levis** hingegen die Unterlassung jenes Fleißes, welchen vorzüglich fleißige Menschen dieser Art anwenden 2c. Nicht nur bleibt es doch schwankend, welcher, oder wie groß der Fleiß immer sey, sondern es fällt dann sogar alle wahre Bestimmung für Geschäfte überhaupt weg, die außer dem Wirkungskreise einer Klasse liegen.

§. 47.

Einen genauern Maßstab glaubten wir noch auf solche Art finden zu können. — Wir bemerken aus der Erfahrung, daß, je größer der Grad von Besonnenheit und auch daher der Grad der Unachtsamkeit ist: desto größer auch der Zufall in dem Zusammentreffen äußerer Umstände seyn muß, damit überhaupt eine Beschädigung entstehe. Wenn z. B. die Thüre nicht nur verschlossen, sondern sogar noch ein Riegel vorgelegt wird, so muß ein sehr bedeutender äußerer Umstand hinzukommen, woferne die **custodia** doch unnütz werden, und ein Schaden entstehen sollte. War dagegen die Thüre wohl zugemacht, aber nicht einmal das Schloß abgeschlossen, so konnte auch ein geringerer äußerer Umstand hinreichen, eine Beschädigung zu verursachen. Weil indeß eine absolute Sorgfalt nicht möglich ist, und weil z. B., woferne im erstern Falle nebst dem Riegel noch ein Sicherungsmittel angewendet worden, doch vermittelst einer abermal überlegnen äußern Wirksamkeit Schaden angerichtet werden konnte, so muß auch darauf Bedacht genommen werden Wir sehen nämlich auch, daß die Beschädigung als Folge der unterlassenen Achtsamkeit entweder näher oder entfernter von derselben liegt. Die Besonnenheit ist deßwegen größer, und die Nachlässigkeit kleiner, wenn auf die entferntere Folge Obacht gegeben wird. Diese zwei Bemerkungen sollen uns nun einen Maßstab für den geringsten Grad der **culpa**

---

*) **Bocer in Comment. ad fr. 23. de R. J. c. 3. no. 11. Lauterb. ad Pand. lib. 13. lib. 6. §. 38.**

liefern. Sobald Alles so besorgt ist, (gleichviel, ob im Handeln oder Unterlassen), daß nur ein großer oder entfernter äußerer Umstand, der nicht unmittelbar in der Handlung liegt, die Ursache der Verletzung ward, so ist der höchste Grad der Besonnenheit oder Achtsamkeit vorhanden, deren Unterlassung die culpa levis oder levissima ist. — Allein ehe wir fortfahren, nach dieser Weise den Begriff der culpa lata zu entwickeln, fragen wir sogleich, ob wohl somit ein sichrer und unwandelbarer Maßstab gefunden wäre. Schwerlich dürfen wir dies hoffen, da der große oder entferntere äußere Umstand uns immer noch schwankend und ungewiß läßt. Wir sind daher, um es kurz zu sagen, fest überzeugt, daß eine genaue Bestimmung der Grade ganz unmöglich und die Willkühr in der Anwendung nie zu vermeiden sey.

§. 48.

Dies führt noch auf eine andre Betrachtung. Hält man hier die positive und da die negative culpa für verbindend zum Ersatze, so ruht diese Verbindlichkeit in der Natur der culpa. Wo kommen wir da mit Konsequenz auf eine Unterscheidung der Grade? Es sey die Unachtsamkeit groß oder klein, sie bleibt doch Unachtsamkeit — der Schaden ist da, und muß, woferne je Unachtsamkeit dazu verbinden kann, ersetzt werden. Wir würden demnach wegen der natürlichen Folge aus vernünftiger Ansicht der culpa, und bei der Unmöglichkeit, einen höhern Maßstab zur Beurtheilung ihrer Grade zu gewinnen, diese Gradeintheilung ganz verwerfen und folgende allgemein gültige Regeln zur Begründung eines Rechtes auf Schadensersatz aus der culpa festsetzen.

I. Die positive *culpa* ist ohne Ausnahme in allen Fällen ein Entstehungsgrund des Rechtes auf Schadensersatz.

Achtsamkeit auf eigne Handlungen, damit aus ihnen keine Verletzung für Andre hervorgehe, kann rechtlicher Weise immer gefordert werden.

II. Die negative *culpa* verpflichtet aber nur da, wo eine Verbindlichkeit zum Handeln vorausgieng, nur in Kontraktsverhältnissen (in der weitesten Bedeutung) und zwar bis zu dem Punkte, wo äußere Umstände von der

Art sind, daß eine ganz ungewöhnliche Besonnenheit erfordert worden wäre, um Schaden zu verhüten. [1])

Einfach in der Theorie würde diese Ansicht auch einfach in's Leben übergetragen, und ohne irgend eine Beeinträchtigung mit vollständiger Sicherung aller gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten angewendet werden können.

Daß unter der negativen **culpa** die Vernachlässigung der **custodia**, als einer besondern Achtsamkeit zur Abwendung schädlicher Handlungen Dritter, vorzüglich bei Besitzstörungen, begriffen sey, brauchen wir nicht beizufügen.

§. 49.

b) Nach römischen Gesetzen.

Theils die Wichtigkeit des Gegenstandes, theils aber besonders die Schwierigkeiten, die mit der Untersuchung und Aufklärung desselben aus römischen Gesetzen verknüpft waren, sind die Ursachen jener Menge von Versuchen, welche die Lehre von der **culpa** darzustellen strebten. Bekanntlich ward ja diese Materie immer als eine der verworrensten und dunkelsten angesehen. Alle jene Ansichten, welche darüber vorhanden sind, zu durchgehen, wäre nicht nur ein höchst weitläufiges, sondern größtentheils auch unnützes Unternehmen, und es mag daher genügen, in kurzen Umrissen das Merkwürdigste zu bezeichnen.

Bis auf Donellus betrachtete man die **culpa** überhaupt [2]) nur im Gegensatz mit **dolus** als eine gewisse Unachtsamkeit und theilte dieselbe nach drei Graden in **culpam latam**, **levem** und **levissimam**; ja Einigen waren diese Grade nicht zahlreich genug, und sie fügten noch mehrere Grade hinzu. [3]) So sprach man dann auch von

---

1) Weiteres Unten §. 73.

2) Schömann, Thl. 1. S. 5 — 24. **Bruckner, de culpa quae concr. tal. dic. §. 2. Wagner, de arbitr. jud. circ. quaest. de praest. culp. in contr. proem.**

3) Acursius und die andern Glossatoren. **Gloss. ad fr. 25. §. 7. ff. Loc. Cond. (19, 2.) fr. 5. §. 2. ff. Commod. (13, 6.)** Indeß verstand man den **dolus** unter **culpa latissima** und theilte so vielmehr die ganze **culpa** in Grade. Den Unterschied zwischen **culpa** und **diligentia** hatte man richtig erkannt. **arg. fr. 5. §. 2. l. c. Baro ad fr 23. de R. J.** faßte auch diesen Unterschied in's Auge,

einer culpa latissima und latior. [1]) Doch war man der dreitheiligen Theorie bei Weitem immer am gewogensten. Die Definition der drei Grade war höchst verschiedenartig, nur darin kam man meist überein, daß man der culpa bald eben so viele Grade des Fleißes gegenüber stellte und darnach die erstere bestimmte. Die custodia ward schon unter der culpa levissima aufgeführt, also nicht weiter eigen betrachtet. [2]) Mit dem Gewirre dieser Meinungen gab sich Donellus nicht zufrieden. Kühn und scharfsinnig durchdrang er, von exegetischem Geiste geleitet, das römische Gesetz, und hätte schon dadurch seine Umsicht beurkundet, wenn auch sonst ganz richtig wäre, was Gissen ihm vorwirft. [3]) Sein System der culpa (Comment. de jur. civ. lib. XVI, cap. 7.) erhebt sich auf dem Unterschied der Beschädigungsweise durch positives Handeln und durch Unterlassen, nam culpa non tantum in faciendo est, sed etiam in non faciendo. Dadurch hat er eine richtige Erklärung für die diligentia im Gegensatze der culpa gewonnen, und braucht nun der erstern wegen keine von der culpa levis verschiedne levissima anzunehmen. Weil die culpa lata in jedem Falle wie der dolus prästirt wird, so unterscheidet er auch nur auf jene Art bei der culpa, welche eigentlich der culpa lata gegenüber gestellt wird, l. c. XIII. Levis culpae species duae sunt, ut re ita et jure distinctae. Quaedam in faciendo, quaedam in non faciendo. . . . . Prius genus licet proprie factum dicere, — posterius, quia in omittendo et negligendo est, dicitur usitate desidia et negligentia — nam et haec duo subjiciuntur culpae. — Verum ideo hac divisione in lata culpa non sum usus, quia de jure latae culpae quaerentibus est supervacuum. Nur die custodia un-

---

ohne jedoch weitere Folgerungen daraus zu ziehen. Eine ganz umfassende Erörterung der Controverse über die Gradeeintheilung der culpa giebt von Vangerow Leitfaden §. 107. Anmerk. Vergl. Roßhirt gemeines Civilr. II. §. 410.

1) Corasius nähm zur culpa lata, levis und levissima eine levior. miscell. Lib. 4. cap. 1. Sebast. Medices in tract de fort. cas. p. 1. quaest. 10, no. 20. macht gerade 6 Grade, damit auch culpa lata sich der Comparation erfreue.

2) Duaren ad l. 9. solut matr. gloss. zu fr. 52. pro Socio. (17, 2.)

3) Hugo, Litteraturgeschichte, §. 183.

terscheidet er noch nicht, wie es geschehen sollte, in der **diligentia** selbst, sondern begreift selbige schon immer unter dieser.

§. 50.

So gründlich Donellus aber seine Meinung zu vertheidigen und die Widersprüche der ältern Theorien zu beweisen bemüht war, so fanden die letztern doch immer bei Weitem die meisten und bedeutendsten Anhänger. [1]) Unter die Wenigen, die des Donellus Ansicht annehmen, gehören **Jacob Gothofredus**, nicht den Worten, aber der Sache nach im **Comment.** zu **l. 23. D. de R. J.** Darüber Hasse **Culpa.** Anhang **II.** S. 619. **Gudelinus** (**de Reg. Jur. Lib. 6. cap. 16**). **Praevardus** (**ad l. 23. de R. J.**). **Burgundius** (**de per. et culp.**). **Burgius** (**elect. lib. cap. XII. in Otto thes. T. I. pag. 330.**). **H. Rennemann** (**in jurispr. rom. germ. disput. 21. th. 15. sq.**). **Struvius exercit. 18 §. 41.** und **Le Brun** (in Savignys Zeitschrift 4. Bd. 2. Heft., recensirt von Hasse.). Indeß bewirkte die neue Meinung, daß Viele auch einen neuen Ausweg suchten. Man unterschied eine **culpa in abstracto** und **in concreto. Coccejus in tract. de dolo, culpa et neglig. praest** (**in exerc. cur. T. I. pag. 66 sq.**) sagt wohl mit Recht: **Viderunt, imprimis neorotici, istos defectus, qui contingunt in oppositione trium graduum. Ut igitur iis remedium quaerant, considerant Bachovius, et post eum.... vel in concreto, ratione hujus vel illius hominis: vel in abstracto: ratione diligentium patrum familias in genere.** — Schwerlich war Bachovius der Erfinder dieser Ansicht; wenigstens sagt **Franskius in Exerc. 9. q. 9.**, er habe dieselbe von seinem Lehrer Hennings Wegner **J. C.** und Prof. Reg. erhalten, und sie darum auch bei Bachovius gefunden. [2]). Diese Eintheilung der **culpa** vereinte man mit Donellus Theorie. (Thibaut, System §. 163,

---

1) **Quam sententiam** sagt **Wagner de arbitr. jud. de praest. culp. in proem. — tamquam Parthenopolin suam ad hanc usque diem mascule tuiti sunt DD.** — Vergl. Gothofred, Rittershus, Hottomann, Prousteau, Faber, Giffen, d'Avezan 2c.

2) S. auch **Pufendorf de culpa. Edenus de damn. culp. cas. fact. Hier. Brückner de culpa q. concr. dic. Runge legale fundam. culp. in abstr. et concr.** Glück, 2. B. tit. 14. §. 322. Tht. 4. S. 335. ff.

164.) *). Zum Theil an Donellus Ansicht schließt sich auch Wehrns Darstellung an. (Doctrina jur. explic. princip. etc.) Denn in der Regel läßt auch er keine culpa levissima zu, wohl aber bei vorausgehender mora oder pactum. Vollkommen gegründet ist, was v. Löhr (Theorie der culpa §. 8. Note 1.) von ihm sagt. Bald scheint es, als ob er die culpa levissima mit dem casus verwechselte. Thibaut gab in seinem System offenbar die erste richtige Würdigung der Donellischen Theorie und wurde als Befestiger derselben ihr zweiter Gründer. Unter den neuern Bearbeitern dieser Lehre haben sich hervorgethan Egid. v. Löhr, Theorie der culpa und Beiträge, dessen Ansicht wir in Hauptpunkten und Grundbegriffen folgen; Schömann, Lehre vom Schadensersatze. — Nach leztrem giebt es zweierlei Möglichkeiten, aus welchen alle Veranlassungen wahrer Rechtsverletzungen resultiren: — positive beschädigende facta, und Nichtabwendung vorherzusehender äußrer Umstände, welche Verderben bringen. Ist ein vernünftiges Rechtssubjekt durch positive schädliche Thätigkeit die unmittelbare Ursache einer widerrechtlichen Beschädigung, so findet in allen denkbaren Fällen eine Klage gegen das beschädigende Subjekt Statt, und jedes Versehen, auch das geringste, wird durch die Lex Aquilia vindicirt. Doch ist es besser, hierbei den Ausdruck culpa ganz wegzulassen, und die positive schädliche Handlung mit dem ebenfalls legalen: »damnum injuria datum« zu bezeichnen. Die Nichtabwendung vorherzusehender äußrer Umstände, welche Verderben bringen, kann nur in Vertragsverhältnissen verpflichten, und hier würde culpa im ächten Sinne genommen, die eigentlich alle schädliche Thätigkeit, mithin auch die omissio diligentiae, omissio custodiae begreift. Diese Unthätigkeit aus Versehen hat nun viererlei Grade: 1) Das Extrem der Nichtkultur ist culpa lata, 2) ein mittlerer Grad der Kultur ist culpa levis, 3) die höchste Achtsamkeit, deren ein Mensch nach der Bildung seines Zeitalters fähig ist, wobei aber der totale Verlust der Sache von der blosen Deterioration derselben getrennt wird. So stellt sich die custodia nach dieser Trennung der diligentia gegenüber, obwohl custodia als ein Theil der diligentia angesehen werden kann, in

*) Siehe dagegen Gries de gener. et grad. culp. pag. 9., der Donelli Meinung ganz unverändert vorträgt.

so ferne nämlich die diligentia im engern Sinn so viel wie möglichste Achtsamkeit nach der Bildung des Zeitalters, sogar in Ansehung der bloßen Deterioration der Sache heißt, und oppositum vom geringsten Versehen überhaupt ist; 4) der vierte Grad ist also die diligentia in engern Sinn — diligentia ohne Zusatz. Doch soll diese culpa nicht levissima heißen.

§. 51.

Während sich auf diese Weise in kleinern und größern Werken oder einzelnen Abhandlungen unaufhörlich das Bestreben äußert, diese Rechtsmaterie zu erfassen, fanden sich auch Einige, welche das ganze Unternehmen, die Lehre von der culpa nach römischem Recht zu erörtern für etwas Unnützes hielten, weil man jene Räthsel doch nicht lösen könne. So viel scheint indeß wohl nicht geläugnet werden zu können, daß eine Vereinigung der verschiednen individuellen Ansichten, im kleinsten Detail unter einem allgemeinen Begriffe, schwerlich gelingen möchte. In dieser Beziehung hat besonders Thomasius *) manches Wahre gesagt, obwohl die ganze Absicht und Ausführung der Abhandlung mit der ihm ganz eignen Sucht darauf ausgieng, die Blößen des römischen Rechts, das er wohl schwerlich in seinen Tiefen erfaßt hatte, aufzudecken.

Auf Wehrn, Schömann und v. Löhr folgten in der Bearbeitung dieser Materie Gensler (exerc. jur. civ. ad doctr. de culpa), welcher (Beitrag zur Lehre von der Diligenz und culpa) gar außer der culpa noch vier Grade annimmt. Hasse in seiner culpa des römischen Rechts, vertheidigte am weitläuftigsten die zweitheilige Thibaut-Donellische Theorie. Bucher, im Recht der Forderungen, folgt im Ganzen denselben Ansichten. Hänel in seiner Lehre vom Schadensersatze hält sich durchaus an Thibaut. Eine eigne Theorie bilden Elvers de culpa und Kritz über die Lehre von der culpa, letzterer neigt sich jedoch zur Donellischen. Unter den vielen kleinern Abhandlungen ragen hervor zwei Bemerkungen zur Lehre von der culpa von Roßhirt, in der Zeitschrift für Civil- und Kriminal-Recht II. Bd., und eine Abhandlung von Wächter: Wer hat bei

*) Dissert. de usu pract. doctr. etc. in dissert. acad. Tom. II. dissert. LXVII. pag. 1006—1033.

Obligationen die Gefahr zu tragen, im Archiv für civilistische Praxis. Bd. XV. Noch sind anzuführen die Streitschriften zwischen Schömann und v. Löhr, erstre in Schömann's Handbuch des Civilrechts. Bd. 2. S. 227., und letztre in v. Löhrs Beiträge zur Theorie der culpa. Dann **Maier de culpa ejusque gener. et grad. Leonh. Dresch de indole et gradibus culpae.** Schömanns Fragmente aus Civil- und Kriminal-Vorlesungen. Gensler, Beitrag zur Lehre von der dilig. und culpa. **M. Simons diss. de culpa sec. jus Rom. et hodiern. Leodii 1823. J. Molitor de culpa, in annal. Acad. Leodiens. 18²⁶/₂₇.** Göschen, Grundriß, S. 203—205. Puchta, System, S. 147. ff. in der Note. Schweppe, Hdb. I. §. 137. a. Mühlenbruch, Lehrb. II. §. 354. v. Vangerow, Leitfaden I. §. 103. ff. Anmerk. 107. Roßhirt, Gem. Civilrecht I. §. 33. B und II. §. 409 und 410.

Eine der merkwürdigsten Erscheinungen im Rechtsgebiete bleibt, daß, während aller Zeit die Theorie im Hader war, die Praxis fortwährend nur eine zweigradige culpa annahm und nach dieser ihre Entscheidungen regelte.

§. 52.

Wir haben Oben, bei der Entwickelung des Begriffes von dolus gesehen, daß die culpa in der weitesten Bedeutung des Wortes jede Widerrechtlichkeit bezeichnet, und daher den dolus unter sich begreife. Hier müssen wir die culpa in ihrer Differenz von dolus überhaupt betrachten, wodurch wir einen engern Sinn der erstern erhalten werden. In aller culpa ist der Grund der Verbindlichkeit ein von dem dolus ganz verschiedner, nämlich das Unterlassen der Anwendung eines gewissen Grades von Besonnenheit, obwohl, wie wir nachher sehen werden, die culpa selbst wieder positiv oder negativ seyn kann. Es ist die Aufmerksamkeit, welche in Anspruch genommen wird,*) da beim dolus die böse Absicht, der böse Wille in Betracht kömmt. Obgleich das Wort culpa nach dieser engern Bedeutung nicht, sondern vielmehr nach jener, in welcher es der diligentia entgegengesetzt ist,

---

*) Gensler l. c. quod si fundamentum spectaveris, cui omnis superstructa est culpa sensu strictiori, habebis, ideale quid, scilicet diligentiae internae omissionem.

bei den Römern gewöhnlich gebraucht wird, so ist doch die Unterscheidung der Sache nach unfehlbar vorhanden. Dies beweiset 1) der wahre Begriff des dolus, welchen wir Oben entwickelt haben. Ist dolus der böse Vorsatz auf Beschädigung gerichtet, so kann die culpa, in ihrer natürlichen Wesenheit von ihm verschieden, nichts Anders seyn, als die Unterlassung einer gewissen Aufmerksamkeit, es sey zum Zwecke des Handelns oder Unterlassens. Von einem bösen Willen kann bei ihr gar nicht die Rede seyn — sonst ist sie dolus. 2) Besonders zeigt sich das in der Unterscheidung der culpa lata von dem dolus. Selbst da entscheidet das Vorhandenseyn des bösen Willen, und dies Merkmal muß also wohl aller culpa, der culpa lata und levis und der diligentia als einer besondern Art der culpa als allgemein zu Grunde liegen. Doch davon weiter Unten ausführlicher. Auf diese Unterscheidung des dolus von der culpa, die eigentlich immer allgemein angenommen war, [1] gründete sich, so ferne nämlich beide unter culpa als Gattungswort begriffen waren, die Eintheilung in culpa versutiae und culpa ignorantiae, die in so ferne, wenn gleich entbehrlich, nicht verwerflich ist. [2] Diese culpa zerfällt in zwei Hauptzweige, in eine positive, culpa in faciendo und eine negative, culpa in non faciendo. Positiv ist diejenige culpa, durch welche schädliche Handlungen geschehen, die unterbleiben sollten; da hingegen durch negative culpa unterlassen wird, wo man handeln sollte, ein Unterschied, der durch die klarsten Gesetze ausgesprochen wird. fr. 91. de Verb. Obl. fr. 23, de V. O. fr. 56. §. 3. de evictione. (21, 2.) fr. 121. de R. J. fr. 1. proem. de tatel. et ration. (27, 3.). Diesen Unterschied führt man sonst auch unter dem Namen culpa omissionis et commissionis auf. [3] Auf der genauen Einsicht hievon beruht eigentlich die ganze weitere Darstellung der culpa und zwar vorzüglich wegen des Verhältnisses der Beschädigungen in Kontrakten zu den außer

1) Dagegen v. Löhr in der Theorie §. 6. und Beiträge No. II. dolus u. culpa.

2) Vultejus jur. rom. l. I. c. 7. no. 67. Jacob Gothofred ad fr. 23. de R. J. Del Rio eod. loco p. 119. D'Avezan contr. lib. c. 26. in Meerm. thes. T. 4. Neretus de culpa. Th. I. §. 2. Thibaut §. 161. Wehrn I. §. 8.

3) Vultejus jur. rom. l 1. cap. 7. no. 66. Maran. in spec. pars 4. dist. 1. no. 87. et 90. Niretus de culpa t. 1. §. 1.; zu fr. 23. de V. O. siehe Donellus, S. 58. No. 7. 8.

Kontrakten, und der actio ex L. Aquilia zu den Kontraktsklagen. Gerade hieraus muß sich das Donellische System gegen den Einwurf rechtfertigen lassen, daß es unerklärlich seyn würde, wie in der ganzen Kontraktslehre die Grundsätze von der Leistung der culpa principaliter erörtert wurden, da doch, wenn man hierunter blos Handlungen begreifen wollte, deßfalls schon Alles in dem Titel ad Lex Aquil. auf's Genaueste erörtert und bestimmt worden wäre.

§. 53.

Die Schwierigkeit der Untersuchung liegt nicht in der Undeutlichkeit der Begriffe selbst. Es ist leicht zu fassen, daß die culpa in faciendo überhaupt jedes widerrechtliche Thun oder Handeln in der eigentlichen Bedeutung des Worts umfaßt, und die culpa in non faciendo alles widerrechtliche Unterlassen; auch bedarf es keiner weitläufigen Erörterung, daß die Unterlassung nur dann kulpos seyn kann, wenn eine Verpflichtung zum Handeln vorhanden war. *)

Aber das ist die bedeutende und schwierige Frage: „Behandelt das römische Recht positive Beschädigungen und daher die culpa in faciendo durchgehend gleich, oder berücksichtigt es dieselben besonders in und außer Kontraktsverhältnissen?" Oder, da hinsichtlich der freien — kulposen (im weitesten Sinne des Worts) Beschädigungen die lex Aquilia für die außerhalb Kontraktsverhältnissen zugegangenen Beschädigungen den Kontraktsklagen gegenüber steht, so kann die Frage auch so gestellt werden: „In wie ferne kann die actio ex lege Aquilia wegen den in Kontrakten zugegangenen Beschädigungen angestellt werden?" Es haben sich über diesen Gegenstand eigentlich drei Hauptansichten gebildet. Einige nehmen ohne allen weitern Unterschied einer culpa in faciendo und non faciendo an, durch die L. Aquilia werde jede culpa, die im Kontrakte begangen, vindicirt; ausgehend davon, daß die actio ex L. Aquilia und die Kontraktsklage ganz verschieden wären, bedachte man nichts weiter, und vermuthete nicht, zu welchen Ungereimtheiten diese Meinung führt, wenn man positive Thätigkeit nicht von der negativen

---

*) Vergl. Löhr, Theor. §. 9. S. 59. ff. §. 15. S. 87. ff. Beitr. S. 10 — 12. Schömann, S. 24 — 29.

trennt.[1]) Andre nehmen dagegen an, nur in so ferne könne die actio ex L. Aquil. Statt finden, als jener Grad der culpa vorhanden, welcher nach dem Kontrakte, in welchem eine Beschädigung vorgefallen, prästirt werden sollte.[2]) Doch ward dies von Einigen auf die positive culpa beschränkt.[3]) Mit welchem Rechte aber gerade hier Gensler eine culpa in non faciendo in Kontrakten unterscheidet, leuchtet uns nach seiner frühern Erklärung (§. 8.) nicht ein. Wie sollte bei positiven Verletzungen in Kontrakten nach dem Grade, welchen eben das Kontraktsverhältniß fordert, die actio ex L. Aquil. eintreten, wenn bei Kontrakten gar nicht, und um so weniger rücksichtlich der Grade die Trennung in eine positive und negative culpa in Anschlag kommt? — Andre behaupten endlich, jede positive Beschädigung, ohne Unterschied eines Grades, würde eben so wie außer, so auch in dem Obligationsverhältnisse durch die L. Aquilia vindicirt. Das Kontraktsverhältniß kann keinen Unterschied machen und einem Kontrahenten das Recht geben, die Sache des andern zu beschädigen, was er außer dem Kontrakte nicht dürfte, und das Verhältniß des Kontraktes hat keinen besondern Einfluß auf das Recht des Schadensersatzes in dieser Hinsicht.[4]) Betrachten wir dagegen die Beschädigungen außer Kontrakten und dann die eigenthümliche Natur der L. Aquil., und berücksichtigen wir, in welche ganz eigne Verbindung der Kontrahent rücksichtlich des kontrahirten Gegenstandes mit dem andern Kontrahenten tritt, so scheint es uns, als ändre dies neue Verhältniß allerdings etwas in den verschiednen Verbindlichkeiten.

§. 54.

So oft ein damnum injuria datum ist, tritt die L. Aquilia zum Schutze ein. Es ist dieser Ausdruck aber dem römischen Rechte

---

1) Coccej. jus contr. Lib. 9. tit. 2. q. 4. Goesius, Comment. ad Pand. 9, 2. No. 9. Glück, Erläutr. d. P. §. 699. 10. Bd. B. 9. tit. 2. Höpfner, Comment. §. 1049. Wernher, lect. comm. L 9. tit. 2. §. 2.

2) Höpfner, l. c. Böhmer, de act. sect. 2. cap. 11. §. 20. Schmidt, Lehrbuch v. gerichtl. Klagen. §. 1206. Note u.

3) Vergl. Thibaut §. 623. Gensler, §. 12. l. c. mit Hasse, l. c. S. 170 — 183.

4) Schömann, Lehre d. Schadensers., Th. 1. S. 45. ff. Dessen Handb. 1. Bd. S. 209. Löhr, Beiträge S. 214. Glück, l. c. §. 699.

nicht nur sehr gewöhnlich, sondern auch, wie wir Schömann gerne zugeben, zur Unterscheidung, und um die Eigenthümlichkeit der L. Aquilia auszudrücken, geeignet, [1] und wir wollen ihn deßhalb auch beibehalten. Zuvörderst behaupten wir nur, daß unter diesem damnum injuria datum nur positive Beschädigungen begriffen sind, wie es bereits die Meisten anerkannt haben. [2] Die deutlichsten Gesetze sprechen gegen diejenigen, welche die Lex Aquilia auch bei Kontraktsverhältnissen weiter ausdehnen wollen, oder wenigstens den Unterschied nur übersehen haben; [3] Thomasius ist zwar [4] auch unserer Meinung, setzt indeß in seinem Geiste gleich hinzu: sed tamen nec hic consensus J. C. fuit universalis et indubius. Dies beweiset er durch fr. 27. §. 9. fr. 30. §. 3. ad L. Aq. (9, 2.), dem man noch fr. 8. pr. u. fr. 45. eodem beifügen kann. Allerdings hat es nach diesen Stellen den Schein, als würde auch wegen Unterlassung die actio L. Aq. angestellt werden können; doch läßt sich die hinreichende Erklärung geben, daß in den Fällen, wo ein positives Faktum dadurch, daß nachher etwas unterlassen ward, Schaden verursachte, die actio utilis ex lege Aquil. angestellt werden konnte. [5] — Und nun fragt sich's, ob jede positive Beschädigung auch immer *injuria* geschehe, es mag ein Kontraktsverhältniß vorhanden seyn, oder keines. — Was das Wort injuria bedeute, erklärt der Jurist selbst in fr. 5. §. 1. ad L. A dahin: quod non jure factum est — h. e. contra jus. Dem steht der Satz entgegen: qui jure suo utitur, nemini injuriam fecit. Wer, und wie weit Jemand ein Recht hat, eine Handlung so vorzunehmen, wie er sie vorgenommen hat, ist für den daraus erwachsenen Schaden nicht verbindlich. Es muß also nothwendig aus den Umständen hervorleuchten, ob eine solche injuria vorhanden war oder nicht. Soll man daher annehmen, daß die L. Aq. unbedingt jede positive

---

1) fr. 1. proem. D. de injur. (47, 10.) proem. Inst. eod. (4, 4.)

2) v. Löhr, Schömann, Glück a. a. O. fr. Krause de lege Aquil. Diss. §. 8. sq. Gerh. Noodt de leg. Aquil. cap. 2. Suarez de Mendoza ad l. Aquil. lib. II. cap. 2. sect. 2. in Meerm. th. t. II.

3) fr. 18. §. 1. D. commod. (13 6.) fr. 25. §. 4, 5. locat. (19, 2.). Glück, l. c. pag. 312.

4) Dissert. de usu pract. etc. §. 30.

5) Suarez de Mendoza a. a. O.

Beschädigung vindicire, so müßte man erst erweisen, daß die Obligations-Verhältnisse keine Veränderung in den Umständen hervorzubringen vermögen, nach welcher eine Handlung rechtlich würde, die außerdem unrechtlich war. Ein Beweis, den wir noch überall nicht geführt finden.

Abgesehen von einem Kontraktsverhältnisse, wann ist eine schädliche Handlung injuria vorgenommen? Wir antworten darauf geradezu: Immer und in allen Fällen, wo nur nach jenen allgemeinen Ausnahmen der Handelnde nicht besonders zur Vornahme dieser Handlung berechtigt war. Und der Grund davon liegt darin, daß sich der Beschädigende wie immer — mittelbar oder unmittelbar — in eine Verbindung mit dem beschädigten Gegenstande setzte. Darin besteht die **injuria**, diese ist der Grund der **Aquilia**. Wer mein Pferd ohne ein vorausgehendes Kontraktsverhältniß von freien Stücken nimmt und reitet und daran einen Schaden verursacht, muß mir, hätte er auch alle mögliche Aufmerksamkeit angewendet, doch den Schaden ersetzen, und zwar nicht, weil er etwa durch noch höhere Aufmerksamkeit hätte den Schaden abwenden können, sondern weil er die ganze Handlung **injuria**, **non jure** vorgenommen hat. Er hatte ja kein Recht, sich meines Pferdes zu bedienen, da wird freilich kein Grad der Schuld berücksichtigt. Jede **culpa** im weitesten Sinne, jede Widerrechtlichkeit wird geahnt, mag die Aufmerksamkeit groß oder klein gewesen seyn. Dies ist der Sinn des berüchtigten **fr. 44. D. ad L. Aq.** War die Handlung jure vorgenommen, so kann, wie schon gesagt, auch die **L. Aq.** nicht wirksam werden *), aber auch darüber nichts Bestimmtes gesagt werden; immer hängt es von den Umständen in den einzelnen Fällen ab, ob Etwas und Was non **jure** geschah. Es erhellt dies besonders aus **fr. 31.** und **fr. 52. §. 4. ad L. Aq.** In beiden Fällen konnte durch größere Sorgfalt der Schaden vermieden werden. Der **putator** konnte auch **ubi nullum iter est** rufen ꝛc., und so wird die **injuria** immer nach dem individuellen Falle bestimmt werden müssen. Die ganze Ansicht ändert sich aber, und jener Grund, welcher aus dergleichen Verhältnis-

---

*) fr. 49. §. 1. D. ad L. Aq. fr. 3. §. 7. D. de incend. (47, 9.) Roßhirt, zwei Bemerk. zur Lehre d. culpa, in der Zeitschrift für Civil- und Kriminalrecht. II. Bd. 1. Hft. S. 49. ff.

sen verbindlich macht, fällt weg, wenn ein Kontraktsverhältniß dazwischen tritt. Davon aber Unten am gehörigen Orte §. 74.

§. 55.

Denken wir uns endlich noch zwei verschiedne Fälle, über die für uns ein Fragment von Labeo entscheidet. Jemand ergreift ohne alles Recht den Spiegel eines Andern und zerbricht ihn, indem er ihn etwa fallen läßt, zuverlässig muß dies als Schaden gelten. Wie ganz anders muß es aber dann seyn, wenn z. B. Jemand den Spiegel seines Nachbarn aus einer Feuersbrunst retten will, und ihn ermattet fallen läßt? Soll der auch ersetzen? Darum verfaßte Labeo sein fr. 3. §. 9. de negotiis gestis. (3, 5.) Gegen diese Ansicht beweisen aber alle Stellen nichts, die man dafür anführt, daß die L. Aquil. alle positiven Beschädigungen vindicire, weil sie weiter nichts sagen, als daß neben der Kontraktsklage auch die actio L. Aq. angestellt werden könne, daß aber jenes von uns berührte ganz verschiedne Verhältniß nicht berücksichtiget werde, kann nicht gefolgert werden, und ist, so viel wir wissen, in keiner Stelle enthalten. [1]) Man müßte erst gegen uns beweisen, daß auch dann der Kontrahent hafte, wenn er sich innerhalb der Grenzen seines Kontraktes bewege, daß er injuria handeln könne, indem er in der nämlichen Handlung auch jure verfährt, jure suo utitur nach der gehörigen Bestimmung.

Aus dem Gesagten glauben wir nun folgende Sätze abstrahiren zu können:

Außer Kontraktsverhältnissen wird jeder positive Schaden durch die L. Aquil. vindicirt, und zwar nach den Umständen geurtheilt, ob und wie weit jure oder non jure gehandelt worden. Darauf beruht auch die Eintheilung der culpa von den Neuern in aquilische und außeraquilische. [2])

1) Das fr. 57. Locati, welches das ganze Verhältniß der act. ex l. Aquil. zu den Kontraktsverhältnissen bestimmen soll (Schömann, Vorrede zum II. Thl. d. Schadensersatzes), sagt weiter nichts, als daß in den dort berührten Fällen die actio L. Aquil. nicht angestellt werden könne — weil diese Klage ja nur auf jene Beschädigungen gieng, durch die unmittelbar einem Körper geschadet wurde. Daß aber actio utilis hier anwendbar, hat schon Faber mit Recht behauptet. Ration. ad fr. 57. loc. v. Löhr, Beiträge, S. 159.

2) Weiteres Unten §. 75.

Ueber die bei Kontraktsverhältnissen eintretenden Modifikationen siehe Unten am gehörigen Orte.

In Hinsicht auf Prästation der **culpa** außer Kontrakten, ist mit Thibaut zu entscheiden, daß Jeder außer Kontrakten den höchsten Fleiß anwenden muß; doch ist er nur wegen positiver an sich unerlaubter Handlungen verantwortlich, nicht aber zu positiver **diligentia** oder **custodia** verpflichtet, wenn nicht aus seinem vorhergehenden positiven Faktum die Verbindlichkeit entsprang, die nachtheiligen Folgen desselben abzuwenden. (**fr. 13. §. 2. de usufr.** (7, 1.) **fr. 57. loc.** (19, 2.) **fr. 8. pr. fr. 27. §. 9. fr. 28. §. 1. ad L. Aq.**) Behandelt er die Sache eines Andern in gutem Glauben als die seinige, so haftet er für kein Versehen. (**fr. 25. §. 11. fr. 31. §. 3. de her. pet.** (5, 3.)).

Außer Kontraktsverhältnissen genügt der Beweis, daß überhaupt ein Faktum des Andern die Verletzung (**injuria**) bewirkte, da der ganze Umfang der Thätigkeit, so ferne sie eine Beschädigung erzeugt, zum Verschulden gehört, bis eine Beschränkung, daß nämlich bloßer Zufall in der Handlung lag, oder daß Versehen auch dem Achtsamsten und Sorgfältigsten begegnen, also nimmer zugerechnet würde, nachgewiesen werden kann. Also ein *wissentliches* Verschulden darf nicht präsumirt werden. Nicht entgegen sind: **Const. 1. ad L. Corn. de sicar.** (9, 16.) **Const. 5. de injur.** (9, 35.) *)

§. 56.

Kasuelle Handlungen.

Dies sind Handlungen, welche zwar durch körperliche Kräfte eines Menschen bewirkt wurden, aber ohne Antheil eines Willens, indem es entweder dem Handelnden an einem gültigen Willen fehlt, (fr. 5, 2. D. ad L. A. fr. 61. f. de admin. et per. tutor. (26, 7.) oder Jemand durch äußere Gewalt gezwungen worden ist, sey es durch Naturkräfte oder den Zwang anderer Menschen. Doch darf sich natürlich der Handelnde nicht vorher durch culpa in einen Zustand versetzt haben, dessen Folge diese sonst kasuelle Handlung ist.

---

*) v. Wening Ingenheim. Band. III. Bch. §. 99. Desselben Abhandl. über praesumt. doli. §. 14. Hasse, §. 23.

Vom Zufall insbesondre.

Casus in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes umfaßt mehr als unser deutsches Wort Zufall: Alles nämlich, was wir unter Fall und Zufall verstehen. [1] Ganz vorzüglich wird aber auch, und fast am häufigsten, jedes von Uns unabhängig sich ereignende Faktum casus genannt, es mag nun von Uns nicht vorausgesehen werden können, oder wir waren nicht im Stande es abzuwenden. [2] Im letzten Falle sprechen die Römer auch oft von vis major, damnum fatale, casus majores, fortuna. [3]

Sehr oft setzen sie fortunitus zu casus, wodurch jene engere erstere Bedeutung nur noch mehr hervorgehoben wird. [4]

Die zufälligen Unglücksfälle, die eine Person oder Sache treffen, heißen periculum in der engeren Bedeutung dieses Worts, und von dem, den sie treffen, sagt man periculum praestat. [5] Man theilt dies periculum in periculum deteriorationis, in so ferne der Zufall die Qualität der Sache blos verdirbt und in periculum interitus, wenn er die ganze Sache vernichtet. [6]

Hier beschäftigt Uns blos die Frage, ob und in welchen Fällen

---

1) Horat. l. II. Od. 10. v. 10. Epist. I. 19, 18. fr. 4. D. de vulg. et pupill. subst. (28, 6.) fr. 64. §. 9. solut. matr. (24, 3.)

2) fr. 2. §. 7. de admin. rer. ad civ. pert. (50, 8.) fr. 1. §. 4. de O. et A. (44, 7.) Const. 4. Cod. de per. tut. (5, 38.) fr. 18. D. commod. (13, 6.)

3) §. 2. Inst. quib. mod. re contr. (3, 15.) fr. 1. §. 5. D. de O. et A. (44, 7.) fr. 52. §. ult. pro Socio. (17, 2.) fr. 2. de cond. et demonstr. (35, 1.) fr. 1. §. 11. de magistr. conv. (27, 8.) fr. 36. fr. 38. locat. (19, 12.)

4) Jos. Averanus interpr. jur. lib. II. cap. 26. Const. 4. Cod. de inst. et subst. (6, 25.) Const. 5. Cod. de pign. act. (4, 24.) fr. 6. D. de adm. et per. tut. (26, 7.).

5) Im weitern Sinne ist peric. das Risiko einer Sache, aller Vortheil und Nachtheil. In einem andern Sinne wird peric. auch noch von dem gebraucht, der zur custodia verpflichtet ist. fr. 29. pr. de petit. heredit. (5, 3.) fr. 13. §. 1. de liber. caus. (40, 12.) fr. 14. §. 1. de per. et commod. rei vend. (18, 6.) fr. 14. §. 16. de furtis (47, 2.). Vergl. Wächter über die Frage: Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen. Archiv für civil. Praxis. Bd. XV. No. VI. u. IX., und Roßhirts Zeitschrift II. Bd. 3. Hft.

6) S. Thibaut, Syst. §. 476. Note l. Hasse, von d. Culpa. §. 76.

der Zufall präſtirt werden ſoll. Die Frage, Wer ihn trägt, gehört zu den Kontraktsverhältniſſen.

§. 57.

Niemand iſt verpflichtet zufälligen Schaden zu erſetzen. Dies ſprechen die Geſetze als Regel aus. [1])

Const. 6. Cod. de pign. act. (4, 24.) fr. 1. §. 35. Dig. depos. (16, 3.) Const. 1. Cod. de Commod. (4, 23.) fr. 23. de R. J. (50, 17.)

Nothwendig muß alſo ein beſonderer Grund vorhanden ſeyn, um eine Ausnahme von dieſer Regel zu begründen. Bereits Oben haben wir bemerkt, daß die Römer in gewiſſen Fällen auch einen casus ohne vorhergehende Urſache nach vorhandenen Geſetzen präſtiren laſſen. Von den ſchädlichen Handlungen des furiosi und Pupillen iſt Oben, in den Bedingniſſen zum Schadensersatz geſprochen. Jene Fälle nun abgerechnet, in welchen das römiſche Recht eine geſetzliche Verbindlichkeit, den durch Zufall entſtandenen Schaden zu erſetzen auflegt — giebt es noch folgende Gründe, welche den Erſatz des reinen casus nach ſich ziehen.

A. Das pactum ausdrücklich [2]) oder ſtillſchweigend. [3]) Ein pactum kann überhaupt auf mehrfache Weiſe das Recht auf Schadensersatz begründen. Es iſt daher ein ſelbſtſtändiger Entſtehungsgrund des Schadensersatzes und findet deßhalb einen beſonderen Abſchnitt in unſrer Behandlung. [4])

B. Derſelbe Fall iſt mit der Mora, denn in der perpetuatio obligationis durch dieſelbe liegt die Präſtation des casus, gegen

---

1) Prousteau recit. ad L. 23. de R. J. cap. 27. in Meermann thesaur. Tom. 3.

2) fr. 30. §. 4. Locati cond. 19. 2. Iſt der Zufall einmal übernommen, ſo findet kein Unterſchied zwiſchen casus insolitus und insolitissimus Statt. fr. 78. §. 3. de contr. empt. (18, 1.) Dagegen Ev. Otto, de praestatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum. Tr. ad Rh. 1723. §. 11. (In dissert. juris publ. et priv. P. 1. n. 6.)

3) Stillſchweigend wird z. B. der zufällige Schaden übernommen, wenn eine Schätzung zum Behuf des eventuellen Verkaufes, wie ſolche bei der Beſtellung der dos vorzukommen pflegt, hinzugefügt worden iſt. Vergl. fr. 1. §. 1. D. de aestim. act. (19, 3.) fr. 10. pr. §. 1—6. D. de jure dot. (23, 3.)

4) Thibaut, S. d. P. §. 479.

den sonst anerkannten Grundsatz des römischen Rechts, daß der debitor von den ihm obliegenden Verbindlichkeiten frei werde, sobald ein Zufall, d. h. ein ohne sein Verschulden eintretendes Ereigniß die Erfüllung unmöglich machte, was deutlich ausgesprochen ist in **fr. 107. de solut. (46, 3.) fr. 37. de V. Obl. (45, 1.) fr. 91. pr. de solut. (46, 3.)**

C. Testamentarische Verfügungen und gültige Pollicitationen begründen eine weitre Ausnahme.

D. Ein vorausgehendes **delictum**, so ferne ein rein kasueller Schade nachfolgt, d. h. ein Schade, der unabhängig von jenem kulposen (in der weitesten Bedeutung) Faktum aus einem ganz neuen Faktum hervorgeht. In diesem Falle wird der kasuelle Schade von dem Delinquenten ersetzt Denn nur in diesem Falle kann die Prästation als eine Ausnahme der allgemeinen Regel: „Niemand ersetzt den zufälligen Schaden", angesehen werden. So ist beim Diebe, Räuber und gewaltsamen Besitzer nicht der Diebstahl oder der Raub die Ursache, wenn durch ein plötzlich entstandenes Feuer die entwendete Sache zu Grunde geht. Es ist dieser Schade ein rein zufälliger, da es nicht in Gewalt des Diebes lag, ihn zu verhindern oder vorherzusehen,*) was Alles in dem Begriffe des **casus** liegt, und dennoch muß er wegen des vorhergegangenen Deliktes prästirt werden.

Nach der gewöhnlichen Meinung erklärt man den Dieb, Räuber und gewaltsamen Besitzer verpflichtet, den **casus** zu prästiren, weil er **in mora** sich befinde (**mora restiduendi**). Allein man übersieht gewiß dabei, daß **mora** nichts Andres ist, als die schuldvolle Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit, zu der man rechtlich verpflichtet war, und als solche nur bei K o n t r a k t s v e r h ä l t n i s s e n vorkommt, wovon Unten **§. 103.**

Der Dieb, Räuber und gewaltsame Besitzer wird nur nach Analogie des **morosus** behandelt, in so ferne die Zeit der Werthung bei ihnen als dieselbe angenommen wird, welche Zeit zu ihrem Anfangspunkt bei Dieb, Räuber und gewaltsamen Besitzer keiner Interpellation bedarf, mithin bei Ihnen eine **mora ex re** mit ihren Folgen angenommen ist, obwohl die **causa sufficiens**, warum sie

---

*) Vergl. **Böhmer, de imput. culp. propr. §. 4.** und **fr. 5. §. 4. Commod. (13, 6.) fr. 1. §. 25. depos. (16, 3.)**

wegen des casus haften, ihr Delikt — beim morosus aber die *mora* ist. Man sehe fr. 3. fr. 7. §. 2. Dig. de cond. furt. (13, 1.) Const. 2. Cod. eod. (4, 8). Nicht nothwendig ist es daher außer dem ersten Delikt noch als weitern Grund, warum sie für casus haften, eine besondre culpa (omissionem diligentiae) derselben anzunehmen; ebenso sind dann die Fälle, welche man zum s. g. damnum mixtum rechnet, aus dem Gesichtspunkt einer Privatstrafe zu erklären, welche, wie wir glauben, hier das leitende Princip ist. Man sehe vorzüglich fr. 16. de cond. furt. (13, 1.)

Eine vielbesprochene Streitfrage ist die, ob den Dieb und gewaltsamen Besitzer von der Prästation des casus der Beweis befreie, daß das Objekt auch bei dem Eigenthümer, ungeachtet der Ablieferung, zu Grunde gegangen sey. v. Madai leugnet dies, so wie A. O. Krug,*) selecta de condictione furtiva capita. (p. 1—30.) Lips. 1830. Wir glauben die Beantwortung der Frage in dem Rechtsprincipe zu finden: „daß wir dem Nichts zu ersetzen haben, den wir nicht ärmer gemacht haben," welches Princip auch natürlich bei der Bestimmung dieser Befreiung für den debitor morosus (wovon Unten) seine Anwendung findet. Dieses Rechtsprincip begründet die Ausnahme von der Regel, daß der Dieb und gewaltsame Besitzer den casus in Folge ihres Delikts zu prästiren haben. Wollen wir ein Beispiel aufstellen: A und B befinden sich auf einem Schiffe, das im Begriffe ist unterzugehen. B hat dem A einen Geldsack entwandt aus einem Kleidungsstücke, das der A, um sich durch Schwimmen zu retten, abwirft. Auch der B wirft seine Kleider weg, worin er den Geldsack verborgen, und Beide schwimmen ans Land. Wird nun wohl B gehalten seyn, dem A das Geld zu ersetzen, das derselbe doch weggeworfen, wenn es noch in seinem Rocke befindlich war? — Gewiß nicht; dieser Beweis wird ihn davon befreien. Die Regel ist allerdings, wie wir gesehen haben, daß Dieb und gewaltsamer Besitzer den casus zu prästiren haben. Auch der debitor morosus muß dies, wie die Gesetze eben so unbedingt aussprechen fr. 40. de her. petit. (5, 3.) fr. 15. §. 3. de R. V. (6, 1.)

---

*) Widerlegung Krugs von Thibaut in Brauns Erörterung zu dessen Lehrbuch. §. 103. advoc. — muß dahin beschränkt werden.

fr. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4.) fr. 5. §. ult. de in Lit. jur. (12, 3.) fr. 23. de const. pec. (13, 5.) fr. 47. §. 6. fr. 108. §. 11. de legat. I. (30.) fr. 23. de V. O. (45, 1.) fr. 7. §. 2. de cond. furt. (13, 1.) fr. 8. §. 1. eod. fr. 16. eod. fr. 20. eod. fr. 50. pr. de furt. (47, 2.) Const. 2. Cod. de cond. furt. (4, 8.) Const. 9. Cod. de furt. (6, 2.) fr. 1. §. 34. Dig. de vi. (43, 16.) fr. 19. eod. Const. 7. Cod. de cond. ob turp. c. (4, 7.) — Nur sind bei Beiden die Grundursachen verschieden; bei dem ersten ist sie das Delikt, bei dem zweiten die mora. Allein untrüglich ist die Ausnahme davon ebenfalls durch die Gesetze ausgesprochen: für den debitor morosus nämlich in fr. 14. §. 1. depos. (16, 3.) fr. 14. §. 11. quod met. caus. (4, 2.) fr. 15. §. 3. de R. V. (6, 1.) fr. 45. de O. et A. (44, 7.)

Limitation der Gesetze ist aber auch für Dieb und gewaltsamen Besitzer ausgesprochen in fr. 14. §. 11. quod met. causa (4, 2.) und fr. 30. §. 1 de jure jur. (12, 2.) Diese exceptio des Untergangs ist nun offenbar für Beide nicht eine Singularität, während sonst ihr Delikt sie zum Tragen des casus verpflichtete, sondern eine natürliche Folge des obenangeführten Rechtsprincipes, das dann auch bei Kontrakten (debitor morosus) ebenso Statt findet. Außerdem sagen die Gesetze nirgends, daß Dieb und Räuber und gewaltsamer Besitzer hinsichtlich der Prästation des casus härter bestraft werden sollen als der debitor morosus.

Wie den Dieb, Räuber und gewaltsamen Besitzer, so verpflichtet auch den abigeus, (den, der das Vieh von den Weiden oder aus den Heerden schaarenweise wegtrieb. und entwendete) sein Delikt zur Prästation des casus, der das gestohlne Vieh vom Augenblicke der Entwendung an betraf, und man nahm an, daß eine mora ex re nach Analogie des Diebs und gewaltsamen Besitzers mit ihren Rechtswirkungen bei ihm eintrete. Const. 7. Cod. de cond. ob turp. causs. (4, 7.). Außerdem mußte er noch zurückgeben, was er für die Wiederauslieferung des gestohlenen Viehes erhalten hatte. Ueber das abigent. siehe fr. 1. D. pr. de abigeis. (47, 14,) fr. 1. §. 1. fr. 2. eod.

E. Der materiell unrechtmäßige Besitz des malae fidei possessor verpflichtet diesen, den Zufall zu tragen, der sich an dem

Objekt ereignet, so ferne er nicht beweisen kann, daß die Sache in den Händen des Eigenthümers von gleichem Zufalle wäre betroffen worden. fr. 15. §. 3. de R. V. (6, 1.) fr. 20. §. 21. de her. pet. (5, 3.) fr. 40. pr. eod. fr. 14. §. 11. quod m. c. (4, 2) Vergl. fr. 15. §. ult. fr. 16. §. 1. de R. V. fr. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4.). Den Grund dieser Verbindlichkeit des m. f. poss. für den Zufall zu haften, finden wir mit v. Madai [1]) in dem zunächst bei der hereditatis petitio aufgestellten und später auf die rei vindicatio ausgedehnten Grundsatze, (fr. 40. pr. de her. pet. (5, 3.)) »ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset (hereditas). Es kommt nun darauf an nach fr. 15. §. 3. de R. V. (cit.), ob der Eigenthümer die durch Zufall untergegangene Sache, falls er sie vor Beginn der Klage erhalten, hätte veräußern können, oder nicht. Im ersten Falle müsse der m. f. poss. die aestimatio rei prästiren, weil der Eigenthümer der Sachen durch Verkauf ihr pretium lukrirt hätte; im zweiten aber braucht er natürlich nicht zu ersetzen, was der Eigenthümer ohnehin nicht gehabt hätte, wenn auch die Sache vor Anfang des Processes restituirt worden wäre.

Immer und in allen Fällen muß aber bewiesen werden, welche Unglücksfälle der Andre zu ersetzen habe. [2])

§. 59.

B. Unerlaubte Handlungen insbesondre.

I. Eigne Handlungen.

a) Widerrechtliche Beschädigungen.

Schon frühe ahndeten die römischen Gesetze jede absichtliche Kränkung der allgemeinen Menschen- und Bürgerrechte, wenn damit keine pekuniäre Schadenszufügung verbunden ist, durch die actio injuriarum, welche aus zwei verschiednen Klagen besteht, der actio L. Corneliae bei verberatio und introitus in domum alienam (fr. 37. §. 1. D. de injuriis (47, 10.)) und der actio injuriarum

---

1) v. Madai, S. 300 ff.

2) Glück, §. 327. 6. pr.



des prätorischen Edikts, vorzugsweise auch actio aestimatoria genannt (§ 7. Inst. de injuriis (4, 4.) fr. 5. §. 6. D. eod.). Letztere geht auf eine Geldsumme, die der Kläger zunächst fordert, der Richter aber nach Umständen moderirt. §. 7. Inst. h. t. (4, 4.) fr. 37. §. 6 D. eod. (47, 10.) Vergl. fr. 7. §. 8. fr. 8. §. 1. D. eod. §. 9. Inst. h. t. Sie verjährt in Einem annus utilis. §. 7. Inst. h. t., jene actio injuriarum aber in 30 Jahren und geht auf eine vom Richter zu bestimmende Summe als Privatstrafe. §. 8 Inst. ibid. vergl. mit fr. 37. §. 1. D. h. t. Fremd ist der ästimatorischen Klage der Begriff und das Ziel des Ersatzes eines Verlustes am Vermögen des Injuriaten. Wohl aber begriff später die Praxis unter der aestimatoria eine eigentliche Ersatzklage. Ihr Objekt ist eine Geldsumme für die Ehrenverletzung, für den Seelenschmerz, für die Affektion des Gemüths des klagenden Injuraten. [1]) §. 7. Inst. h. t. Die Erstattung des Vermögensverlustes durch Injurien — Schadensersatz — kann also mit dieser aestimatoria nicht — sondern nur mit der actio utilis L. Aq. seu in factum erlangt werden. fr. 5. D. ad L. Aq. (9, 2.). Vergl. fr. 7. §. 1. D. de injur. (47, 10.) und fr. 15. §. 46. D. eod.

Das eigentliche Gesetz nun über widerrechtliche Beschädigungen ist die Lex Aquilia. [2]). Die actio ex L. Aq. fand aber ursprünglich nur Statt, wenn Jemand durch positive körperliche Einwirkung fremde Sachen zerstört oder verletzt hatte, und stand nur dem Eigenthümer der beschädigten Sache zu; actio L. Aq. directa. §. 16. Inst. de L. Aq (4, 3.) fr. 57. D. locati. (19, 2.) und fr. 11. §. 6. D. ad L. Aq. (9, 2.) Doch wurde in der Folge eine

---

1) Gensler im Archiv f. civil. Praxis, I. Bd. 1. Hft. XI. §. 4. ff.

2) Gajus 3. 210. III. 215, 216. Donelli comm. j. c. lib. 15. c. 26. Ger. Noodt ad L. Aq. lib. sing. in oper. t. I. p. 173. Meermann, thes. II. X. p. 1—171. Collat. LL. Mos. XII. 7. lib. X. 5, 36. de injur. et damn. lib. VI, 5, 8. de inj. et damno. Stryck, L. 9. t. 2. §. 5. Puffendorf, t. 4. obj. 95. Glück, §. 704 ff. Kleinschrod, doctr. de repar. damni. Balduinus, ad L. A. in Heineccii jus Rom. et Att. t. 1. W. Romer, de L. Aq. Traj. ad Rh. 1806. v. Löhr, Theor. d. culpa, Abschn. 2. Hasse, von d. culpa, §. 5. ff. Vollgraff, dissert. de L. Aq. Marb. 1820. Cannegieter, de L. Aq. Gröning. 1821. Puchta, von den Klagen. §. 346. Mackeldey, 11te Aufl. §. 453. ff. Thibaut, §. 622. §. 621. — Ferner die Schriften zu §. 51. allegirt. Unterholzner, Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke, II. Bd. S. 690. ff.

actio utilis ex L. Aq. gegeben, wenn Jemand mittelbar die Sachen eines Andern zerstörte und verletzte. §. 16. Inst. cit. und Gaji. comm. l. 3. §. 219.; nach fr. 7. §. 6. fr. 9. pr. §. 2, §. 3. fr. 29. §. 5. fr. 49. pr. fr. 53. D. h. t. (9, 2.) fr. 14. §. 1, 3. D. praescr. verb. (19, 5.) fand hier eine nach der actio L. Aq. gebildete actio in factum Statt; und eine actio in factum ex L. Aq., wenn Jemand eine fremde Sache zwar nicht zerstört, dem Eigenthümer aber durch ihre Entziehung geschadet hatte. §. 16. Inst. h. t. fr. 27. § 14. fr. 29. §. 5. fr. 33. §. 1. fr. 49. pr. fr. 53. D. h. t. fr. 7. §. 7. D. de dolo. (4, 3.) fr. 14. pr. §. 2. D. praescript. verb. (19, 5.) Auch wurde die utilis L. Aq. actio in der Folge Jedem eingeräumt, der, ohne Eigenthümer zu seyn, ein andres dingliches Recht an der Sache hatte. fr. 11. §. 6. §. 10. fr. 12. fr. 17. pr. fr. 27. §. 32. fr. 30. §. 1. D. h. t. fr. 17. §. 3. D. de usufr. (7, 1.) fr. 27. D. de pignorib. (20, 1.) Hiernach wurde es allgemeine Regel, daß Zufügung widerrechtlicher Beschädigung zum Schadensersatz vermittelst der L. Aq. verpflichte. So kann man sich z. B. vermittelst der L. Aq. wegen Beschädigungen durch Werfen oder Schütten auf einen gangbaren Weg ohne vorhergehende Warnung, an den Thäter halten, um Schadensersatz zu erhalten.

§. 60.

Die nähern Bedingungen für das Stattfinden der actio ex L. Aq. sind folgende:

Die beschädigende Handlung muß eine widerrechtliche, ein damnum injuria datum seyn. fr. 3. fr. 5. §. 1. D. h. t. fr. 151. D. de R. J. Widerrechtlich ist nun die Handlung, wenn sie schon an sich eine verbotene ist, oder wenn zwar die Handlung an sich nicht widerrechtlich war, aber daraus ein Schade entstand, und man sich bei dem Erfolge in culpa befand. Dieser Erfolg muß daher vorauszusehen und abzuwenden gewesen seyn. §. 3. Inst. h. t. (4, 3.) fr. 28. fr. 30. §. 3. fr. 31. fr. 52. §. 4. D. h. t.

Die beschädigende Handlung muß eine positive seyn. fr. 13. §. 2. D. de usufr. (7, 1.) Doch haftet man für diejenigen schädlichen Unterlassungen, welche in einem Verhältniß geschehen, in das man sich durch positives Handeln gebracht hat und in dem dann die

positive Fleißanwendung, um Schaden zu vermeiden, Pflicht war. fr. 7. §. 3, §. 6, §. 7. fr. 8. pr. fr. 27. §. 9. fr. 30. §. 3. D. h. t. fr. 2. §. 20. de furt. (47, 2.); [1]) — und eben so, wenn man wissentlich Andre handeln läßt, für deren Handlungen man verantwortlich ist. fr. 2. de nox. act. (9, 4.) Eben so wenig als der Beschädigte die Verletzung durch eigne Schuld veranlaßt haben darf, darf auch der Beschädiger durch besondre Umstände befugt seyn, die Handlung vorzunehmen; §. 2. Inst. h. t. fr. 4. pr. fr. 5. pr. fr. 29. §. 3. fr. 45. §. fr. 52. §. 1. h. t. fr. 14. pr. de praescr. verb. (19, 5.), daher kann keine obrigkeitliche Person mit der actio L. Aq. belangt werden, die, ohne Excesse zu begehen, vermöge ihres Amtes handelt. fr. 29. §. 7. D. h. t., und fällt dieselbe auch ganz weg, so oft Jemand in die Lage der Nothwehr versetzt wurde. §. 2. Inst. h. t. fr. 4. pr. fr. 5. pr. fr. 45. §. 4. D. h t. Bei Beschädigungen in einem Streite kann der auctor rixae keine Entschädigung fordern für Beschädigungen. fr. 52. §. 1. D. h. t. Lassen sich jedoch die Andern grobe Excesse gegen den auctor zu Schulden kommen, nachdem für sie keine Gefahr mehr war, so leidet diese Regel eine Ausnahme. fr. 5. pr. D. h. t. fr. 9. D. ad L. Corn. (48, 8.). Zuweilen fällt auch dann die act. L. Aq. weg, wenn die Beschädigung des Andern das einzige Mittel war, unsre Sache zu retten. Die Gesetze bezeichnen folgende Fälle hiezu:

Einmal, wenn Jemand fremdes Schiffgeräth beschädigt hat, um sein eignes Schiff zu retten. fr. 29. §. 3. D. h. t.; zum Andern, wenn Jemand bei einer Feuersbrunst des Nachbars Haus niedergerissen hat, um sein eignes zu retten. fr. 49. §. 1. D. h. t. fr. 3. §. 7. D. de incend. ruin. (47. 9.) fr. 7. §. 4. quod vi. (43, 24.). [2]) Das fr. 7. §. 4. D de arbor. caedend. (43, 27.) widerspricht zwar, allein diese Stelle ist offenbar blos historisch. Man darf aber natürlich keine Regel daraus machen, daß man Jedesmal die Sache des Andern zerstören dürfe, um die eigne zu retten.

Der Schaden muß an einer Sache geschehen seyn, bei andern

---

1) Mendoza, II. cap. 25. 2. no. 18. Hasse, S. 40. Not. 6. ist a. M. Vergl. dagegen Zimmern (S.) System der Noxalklagen. Kap. 1. §. 1.

2) v. Löhr, Theor. d. culpa, S. 95. ff. Glück, X, §. 700. S. 328 — 331.

Schäden findet die **act. L. Aq.** und die **actio in factum** daraus nicht Statt. Diesen Grundsatz bestätigen alle Beispiele der Gesetze und der specielle Fall beim **mensor**, von welchem die Gesetze sagen, daß, wenn er falsch gemessen hat, keine **actio civilis** gegen ihn Statt finde, sondern der Prätor eine eigne Klage einführen müsse; endlich liegt der entschiedenste Beweis in den vielen Fällen, in welchen die **actio de dolo** gestattet wird, denn diese tritt ja nur ein, wo es keine andre Klage giebt. Z. B. fr **18 §. 3. D. de dolo malo. (4, 3.)** Doch hat diese Regel die Ausnahme, daß ein freier Mensch wegen der am eignen Körper erlittnen Verletzungen mit der **actio L. Aq.** aber blos **utiliter** klagen kann. **fr. 13. pr. D. h. t. fr. 7. D. de his qui effud. vel. dej. (9, 3.)**. Für den Vater, in dessen **potestas** der getödtete oder beschädigte Freie ist, ist die **actio L. Aq.** begründet. **fr. 5 §. 3. fr. 7. pr. fr. 13. pr. D. eod.** Nach dieser Analogie gestattet man auch wohl der Frau und den Kindern oder sonst dabei interessirten Verwandten des getödteten oder verletzten Freien die **actio L. Aq. utilis**, um das zu erlangen, was sie an Alimenten entbehren. *) Daß dies auf das Duell angewandt werden könne, bezweifeln wir, wo gemeines Recht gilt, denn den Römern war dies Institut ja völlig fremd. Betrachten wir das Duell aber als auf einem gegenseitigen Vertrage beruhend, so ist es wohl nur das Zeichen eines schlechten Familien-Vaters oder für sonstige Angehörige wenig Bedachten, einen solchen Vertrag einzugehen; allein dafür, daß er dieses thut, und ihm und Andern Schaden erwächst, kann unmöglich der büßen, der in ganz gleicher Lage dasselbe zu erwarten hatte; und ein Vertrag über Rechte Dritter, als solcher ungültig, liegt nicht vor, sondern lediglich über Leben oder gerade Glieder der Kontrahenten. Konnte doch auch der Getödtete oder Beschädigte auf irgend andre Weise sein Vermögen vergeuden, seine Gesundheit zerrütten, seine Angehörigen ins Elend bringen, ohne daß diese irgend eine Entschädigung zu hoffen hatten. Unsrer Ueberzeugung nach sehen wir, abgesehen von der strafrechtlichen Ahndung unsrer heutigen Gesetze eines h e u t i g e n n i c h t r ö m i s c h e n Instituts, vom r ö m i s c h e n Standpunkte aus, ein moralisches Un-

*) Quistorp, rechtliche Bemerk. Thl. I. No. 101. Strub., rechtl. Bed. Thl. 4. Bed. 72.

recht des also contrahirenden, für das weder die L. Aq. noch ein andres römisches Gesetz begründet ist. Bestimmen freilich heutige Gesetze, daß eine Analogie mit der römischen L. Aq. Statt finden solle, so ist dies ein neues Gesetz, und damit wenigstens die Bahn gebrochen, daß für ein durchaus nicht römisches Institut ein besonderes Gesetz gegeben werde. [1])

Der Kläger muß ferner ein dingliches Recht an der Sache haben. fr 11. § 9. D. h. t. fr. 17. §. 3. de usufr. (7, 1.). fr. 11. §. 6, 8, 10. fr. 12. fr. 17. pr. fr. 27. §. 32. fr. 30. §. 1. D. h t. fr. 13. pr. quod vi aut clam. (43, 24.) Wer nur ein persönliches Recht hat, kann die act. L. Aq. nicht anstellen. fr. 18. §. 5. de dolo malo. (4. 3.) fr. 11. §. 9. h. t. [2]) — Doch kann sich, wer eine Forderung rücksichtlich einer beschädigten Sache hat, dadurch helfen, daß er sich vom Eigenthümer die act. L. Aq. cediren läßt. fr. 13. §. 12. D. de act. E. V. (19, 1.) Natürlich kommt es dabei auf die Umstände an. Ein merkwürdiger Fall der Art kömmt beim Legatarius vor. Hat hier die Sache vor Antretung der Erbschaft einen Schaden gelitten, so kömmt es darauf an, ob die Sache ganz zerstört, oder blos beschädigt ist; im ersten Falle hat der Legatarius gar keine Klage, im zweiten kann er sich vom Erben die act L. Aq. cediren lassen.

Die Handlung muß zur Schuld (culpa) angerechnet werden können. §. 3. Inst. l. c. fr. 5. § 2. fr. 28. pr. fr. 30. §. 3. fr. 52. § 4. h. t. (9, 2) Gajus §. 211. Welcher Grad der culpa begangen wurde, ist beim Gebrauch dieser Klage, sowohl der directa und utilis actio, als der actio in factum, gleichgültig in L. A. et levissima culpa venit. fr. 44. pr. D. h. t. Dies gilt auch bei Obligationsverhältnissen zwischen dem Beschädiger und Beschädigten, [3]) jedoch nur in so ferne, als man nach dem jedesma-

---

1) Wächter, im Arch. für civ. Prax. 23. Bd. Heft 1. No. II. — VI.

2) Noodt ad L. Aq. cap. 11. v. Löhr, Theor. d. culpa, S. 83. Hasse, §. 69. S. 322, 323 u. Not. a. Zimmern, System d. Noralkl. §. 2. Vergl. Glück, X, §. 704. S. 364 — 377.

3) fr. 13. pr. de liber. caus. 40, 12. fr. 1. §. 2. si is qui testam. (47, 4.) v. Löhr, Beiträge V. 4. S. 219. ff. Glück, X, §. 699. S. 311 — 319. Hasse, §. 36., 66. Vergl. dagegen Höpfner, Comment. §. 1009. Thibaut, Syst. §. 623. Roßhirt und Warnkönig, Zeitschrift. Bd. 2. H. 1. S. 54 — 58. Walett, Pand. II. §. 630. Anm. 25. und die daselbst cit. Schrift.

ligen Obligationsverhältniß widerrechtlich eine Handlung vornahm. fr. 12. D. h. t. In Obligationsverhältnissen konkurrirt mit den Klagen daraus die act. L. Aq. rücksichtlich der ihr unterworfenen Beschädigungen elektive. fr. 7. §. 8. fr. 18, 27. §. 11. eod. fr. 7. §. 1. fr. 18. §. 1. commod. (13, 6.) fr. 34. §. 2. de O et A. (44, 7.) Die actio L. Aq. konkurrirt auch namentlich mit den actiones ex delicto und accusationes, welche auf Verletzung einer Sache gerichtet sind. Zu der actio de dolo und actio furti paßt nur die actio in factum. Vergl. fr. 1. §. 2. fr. 7. D. de dolo malo (4, 3.) und fr. 27. §. 21, 25—27. D. h. t. §. 11. Inst de oblig., quae quasi ex del. (4, 1.), in fr. 27. §. 3. D. eod. kömmt aber doch eine Konkurrenz der act L Aq. mit der act. furti vor. Vergl. noch fr. 41. §. 1. fr. 42. eod. fr. 2. D. de privatis delictis. 47. 1. — fr. 27. §. 21. D. h. t. [1]

Die Klage geht auf Schadensersatz, jedoch zuweilen auf eine höhere als die gewöhnliche Schätzung, daher sie actio mixta ist. (theils poenalis, theils persecutoria) §. 19. Inst. de act. (4, 6.) §. 9. Inst. h. t. Gajus §. 210. fr. 23. §. 8. D. h. t. Gajus §. 214. Mit der Klage aus dem ersten Kapitel fordert man, wenn ein servus (ancilla), oder ein quadrupes pecus getödtet ist, den höchsten Werth, den das Objekt im ganzen Jahr, vom Tage der Tödtung an zurückgerechnet hatte. pr. §. 9. Inst. h. t. fr. 21. pr. §. 1. fr. 23. §. 2—6. D. eod. [2]) Ist aber der servus oder quadrupes pecus blos verletzt, oder ist eine andre Sache blos verletzt oder beschädigt, dann soll nach dem dritten Kapitel der höchste Werth ersetzt werden, den die Sache in den letzten 30 Tagen hatte; §. 14. §. 15. Inst. l. c. fr. 27. §. 5. fr. 29. §. 8. eod. Gajus §. 218, [3]) vom Zeitpunkt der Beschädigung an. fr. 21. §. 1. D. eod. [4]); gleichviel, ob die directa utilis oder in factum actio angewandt wird. fr. 12. D. eod. Erfolgt der Tod erst ei-

1) Valett, Pand. II. §. 630. Anm. 28.

2) Ueber fr. 23. §. 4. vergl. Cujac. observ. 27, 2. Mendoza I. cap. 5. no. 5.

3) Vergl. Lauterbach coll. L. 19. t. 2. §. 24. Stryck. usus modern. ibid. §. 20. Cocceji jus controv. ibid. q. 10.

4) v. Löhr, Theor. d. culpa, §. 20. S. 122. ff.

nige Zeit nach der Verwundung, dann ist vom Tage der Verwundung an rückwärts zu rechnen. fr. 21. D. eod.

Mehrere haften in solidum, ohne daß die Zahlung des Einen die Uebrigen befreit. fr. 11. §. 2. fr. 51. §. 1. h. t. Weiß man bei einer Verwundung, welche von Mehreren vorgenommen wurde, nicht, wem die Tödtung zuzuschreiben ist, dann sollen ebenfalls Alle in solidum haften, und die Berechnung des Werthes für den, der eher verwundete vom Tage der Verwundung, und für den, der zuletzt verwundete vom Tage des Todes gemacht werden. fr. 51. §. 1, 2. D. eod.

Außer dem Werthe muß das volle id quod interest prästirt werden. §. 10. Inst. h. t. (4, 3.) fr. 21. §. 2. fr. 22, 23. pr. §. 2. fr. 29. §. 3. fr. 37. §. 1. fr. 55. D. h. t. Gajus §. 212; daher auch nur der Schaden in Anschlag kömmt, welcher nach Geld berechnet werden kann. fr. 3. si quadrupes paup. (9, 3.) fr. 5. §. 3. fr. 7. pr. D. h. t. fr. 1. §. 5. fr. 7. de his qui effud. (9, 3.)

Der, welcher einen freien Menschen verletzt, hat die Kurkosten, Versäumniß und jetzige Schmälerung des Verdienstes zu ersetzen. fr. 5. §. 3. fr. 7. pr. D. h. t., ob er auch Schmerzensgelder und Ersatz für Verunstaltung zu leisten hat, ist bestritten, jedoch neigt sich die Praxis dahin. [1])

Läugnet der Beklagte das Faktum, so trifft ihn die Strafe des doppelten Ersatzes. §. 23, 26. Inst. de act. (4, 6.) fr. 23. §. 10. h. t. Const. 4, 5. h. t. (3, 35.) Ist die Klage einmal begründet, so wird sie durch den nachfolgenden zufälligen Untergang der Sache nicht aufgehoben. fr. 27. §. 2. de R. V. (6, 1.) [2])

Sollte später ein größerer schädlicher Erfolg eintreten, so kann immer Entschädigung nachgefordert werden. fr. 46, 47. D. h. t. Geht der Gegenstand der Beschädigung vor dem Eintritt des zu be-

1) Lauterb. coll. L. 9. t. 2. §. 24. Müller, disput. de pecunia doloris. Vergl. Simon van Leuwen, cens. for. L. 5. c. 21. no. 18. Coccej. jus contr. L. 9. t. 2. q. 11. Friedrich, dissert. de vuln. satisf. e Germ. leg. caute deriv. Altorf 1781. Walch, introd. in jus contr. p. 697. Emminghaus ad Coccej. L. 9. t. 2. q. 11. not. x. Gensler, Archiv f. civil. Praxis I. S. 143. ff. Glück, §. 705. S. 389.

2) Cujac. ad lib. 21. Paul. ad ed. in expl. h. t. in opp. t. V. p. 295.

fürchtenden Schadens, selbst wenn dieser gewiß vorauszusehen, auf andre Weise zu Grunde, so haftet der Beschädiger dafür nicht, sondern nur für den, welcher bereits eingetreten war. Vergl. fr. 11. §. 3. fr. 31. pr. fr. 15. §. 1. fr. 23. §. 1. eod. [1])

In und außer Obligationsverhältnissen geht die act. L. Aq. nach kanonischem Rechte vollständig gegen die Erben, nach römischem Rechte aber nur in so weit die Erben bereichert sind aus Delikten; bei Obligationsverhältnissen aber vollständig; vergl. §. 9. Inst. de L. Aq. (4, 3.) fr. 23. §. 8. D. eod. fr. 111. §. 1. D. de R. J.

§. 61.

b) Dolose Verletzungen.

(actio de dolo.)

Die actio de dolo [2]) ist, wie sich schon aus dem Wortsinne ergiebt, von den Gesetzen zur Ahndung des dolus bestimmt; sie findet auch in vielen Fällen Anwendung, in welchen man die actio L. Aq. nicht gebrauchen kann.

Hauptfälle, in denen man sich ihrer bedienen kann, sind folgende:

1) Wegen eigentlichen Betrugs. Beispiele hievon enthalten fr. 8, 20, 23, 37, 38, 40. D. de dolo malo. (4, 3.) Const. 5 u. 7. Cod. de dolo malo (2, 21.).

2) Wenn Jemand absichtlich Etwas gethan hat, um einen Schaden zuzufügen. Hier kann, wo auch keine andre Klage Statt findet, die actio de dolo angestellt werden. Fälle der Art geben fr. 9. §. 2. fr. 24. fr. 32. fr. 39. D. de dolo malo (4, 3). fr. 10. §. 6. D. de in rem verso (15, 3.).

3) Die actio de dolo ist zugleich die allgemeine supplementarische Klage, so oft Jemand wissentlich widerrechtlich gegen einen Andern gehandelt hat und man keine andre Klage hat. Fälle der Art in fr. 31. fr. 34. fr. 35. D. de dolo malo (4, 3,). fr. 14. §. 2. D. de religiosis et sumtib. funer. (11, 7.) fr. 5. §. 3. fr. 16. §. 1. D. de praescript. verb. (19, 5.) Const. 1. u. 4. Cod. de dolo malo (2, 21.).

---

1) Cujac. observ. (27, 13.) Mendoza lib. I. cap. 3. sect. 3. pag. 42. Noodt. cap. 19. Glück, Comment. X. §. 702. pag. 346 – 349.

2) Vergl. Unterholzner von Schuldverhältnissen, herausgegeben von Huschke. II. Bd. S. 74. ff.

Sie ist eine **actio famosa**. Deßwegen tritt statt ihr eine **actio in factum** ein, sobald sie gegen Personen, denen man besondre Ehrfurcht schuldig ist, angewandt werden soll. Beispiele in **fr. 11. §. 1. D. (4, 3.) fr. 5. §. 1. D. de obseq. parent. (37, 15.). Const. 5. Cod. de dolo malo (2, 21.).**

Gegen die Erben des **dolosus** kann diese Klage nur angestellt werden, soweit sie bereichert sind; dagegen ist beim Erben sie nicht **famosa** und nicht subsidiarisch. **fr. 17. §. 1. fr. 26—30. D. (4, 3.) fr. 30. §. 7. D. de peculio (15, 1.).**

Diese Klage bezweckt auch nebst der Leistung des Interesse die Restitution.

Mit der **exceptio doli** vertheidigen sich der Betrogene und alle dabei interessirten Personen gegen den klagenden Betrüger und dessen Nachfolger. **fr. 77 § 1. de except. (44, 1.) fr. 12. de doli mali et met. except. (44, 4.).** Dies ist eine **exceptio doli specialis**; die **generalis** begreift jede von der Billigkeit hergenommene Einrede gegen unbillige Forderungen. Die **exceptio doli** geht auf Restitution. *)

c) *Actio quod metus causa.*

Sie geht auf Ersatz in Geld, wenn der frühere Zustand durch den Beklagten nicht mehr hergestellt werden kann. **fr. 9. §. 7. fr. 12. pr. fr. 21. §. 2, 6. h. t. (4, 2.)**, und findet Statt, so oft Jemand widerrechtlich genöthigt wurde, eine bewegliche oder unbewegliche Sache, in seinem Eigenthum stehend oder nicht, zu seinem Nachtheil einem Andern abzutreten; **fr. 9. §. 3. fr. 21. §. 2. h. t. fr. 16. §. 2 fr. 12. §. 2. fr. 14. pr. eod.**; oder eine andere, ihm pekuniären Nachtheil bringende Handlung vorzunehmen. **fr. 6, 7, 9. pr. fr. 2, 3. fr. 21. § 5 h. t.**; sey es durch **vis** oder **metus** bewirkt. **fr. 9. pr. h. t Const. 5. Cod. h. t.**

Sie geht sogar gegen den dritten Besitzer, selbst den **bonae fidei possessor. fr. 9. §. ult. fr. 10. pr. fr. 14. §. 3. D. h t.** Mehrere, die den Zwang verübten, haften **in solidum. fr. 14. §. 15. fr. 15. h. t.** Gegen die Erben geht die Klage nur so weit sie bereichert sind. **fr. 16 §. 2. fr. 17—20. h. t.** und dauert

---

*) Thibaut, §. 687. Hänel im Archiv f. civ. Praxis, 12. Bd. 3. Hft. No. 20.

gegen sie 30 Jahre. fr. 19. h. t: Zinsen können nicht verlangt werden; Früchte vom bon. fid. poss., so weit er sich reicher befindet, vom mal. fid poss. ganz, selbst die vernachlässigten. fr. 12. pr. fr. 21. § 2. h. t. fr. 38. §. 6. de usur. (22, 1.).

Verweigert der Beklagte nach dem ertheilten Auftrag des Richters die Restitution, so kann er auf das Vierfache des ganzen Interesse verurtheilt werden, wovon das Dreifache Ungehorsamsstrafe ist. §. 25, 26. Inst. de act. (4, 6.) fr. 14. §. 1, 3, 4, 7. 9, 10, 14. fr. 21. §. 2. h. t. (4, 2.). [1]

§. 62.

C. Besondre vom Gesetze ausgezeichnete Fälle unerlaubter Handlungen, die zum Schadensersatz verpflichten.

α. Zum Wiedergeben, Wiederherstellen und Schadensersatz verpflichten

1) die condictio furtiva. [2]

Diese Klage geht auf Herausgabe der gestohlenen Sache und auf id, quod interest. fr. 3, 8. h. t. (13, 1.) fr. 52. §. 28. de furtis. (47, 2.), subsidiär auf den Werth der Sache nach ihrem höchsten Preise vom Zeitpunkte der Entwendung an gerechnet. fr. 8. §. 1. fr. 13. h. t. (13, 1.) fr. 29. i. f. de act. rer. amot. (25, 2.). Sie steht nur dem wirklichen Eigenthümer zu, fr. 1. h. t. (13, 1.) fr. 14. §. 16. de furt. (47, 2.) (nur dem Civilbesitzer ist sie zu gestatten, fr 52. §. 10. fr. 74. de furt. fr. 136. de R. J.), in so ferne er zur Zeit des begangenen Diebstahls schon das Eigenthum hatte, und es nach der Entwendung nicht freiwillig aufgab. fr. 10. §. 2. fr. 12. pr. § 1. h. t. fr. 56. i. f. de O. et A. (44, 7.). Ebenfalls steht sie seinem Tutor und Kurator zu. fr. 56. §. 4. de furtis; der Faustpfandgläubiger und

1) Die Unterscheidungen in Hinsicht des Untergangs der Sache durch culpa und casus siehe in v. Wening Ingenh. Pandekt. III. Buch §. 247. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 81. ff. Ueber die exceptio metus, v. Wening Ingenheim Pand. VI. Buch, §. 22. (558)

2) Glück, Comment. Thl. 13. §. 837. A. O. Krug, selecta de condict. furtiv. capita. Lips. 1831. Unterholzner, über Obligationsverhältnisse, herausgegeben v. Huschke, II. Bd. S. 59. ff. bis 66.

Usufruktuarius haben sie ebenfalls, in so weit sie in Folge dieser ihrer Rechte als solche betheiligt sind. Bei beiden ist sie incerti condictio. fr. 12. §. 2. h. t. fr. 22. pr. de pign. act. (13, 7.). *)

Beklagter ist der Dieb, oder ein Theilnehmer an der Handlung der Entwendung. §. 11, 12, 14. Inst. h. t. (4, 1.) fr. 53. §. 2. de V. S. fr. 6. h. t. (13, 1.), nicht ein dritter Besitzer. fr. 5, 6. h. t. Jener haftet aber ohne Rücksicht darauf, ob er besitzt, §. 19. Inst. h. t. (4, 1.), und eben so seine Erben, auch wenn sie nicht bereichert sind, doch so, daß von mehreren Erben jeder nur auf das Ratum des Ersatzes belangt werden kann. Vergl. fr. 7. §. 2. fr. 9. h. t. fr. 6. §. 4. de act. rer. amot. (25, 2.) Const. 3. rer. amot. (5, 21.). Mehrere Diebe haften als correi debendi in solidum Const. 1. h. t. (4, 8.) Der Vater kann aus dem Diebstahl des Sohnes de peculio belangt werden, jedoch nur auf so viel, als der Vater durch das Gestohlene bereichert ist. fr. 19. D. h. t. fr. 3. §. 12. D. de peculio (15, 1.) Ersatz selbst für die nothwendigen Verwendungen kann der Beklagte nicht verlangen. Const. 1. Cod. de infant. expos. (8, 52.); auch hebt der kasuelle Untergang der Sache seine Verbindlichkeit zur Entschädigung nicht auf. fr. 7. §. 2. fr. 8, 16, 20. h. t. (13, 1.) Const. 2. Cod. h. t. (4, 8.); jedoch folgt für ihn aus der Verurtheilung keine infamia. fr. 2. fr. 3. § 2. rer. amot. (25, 2.) fr. 36. de O. et A. (44, 7.)

2) Bei Verletzungen des Besitzstandes.

Hier finden wir besondere Rechtsmittel, die zugleich Erlangung des Schadensersatzes bezwecken.

a) Besitzverletzungen bei körperlichen Sachen.

1) Verletzungen ohne Entreißung des Besitzes.

Um sich in dem Besitze gegen Eingriffe zu schützen, die denselben stören, ohne ihn aufzuheben, hat man im Allgemeinen das interdictum uti possidetis. fr. 1. pr. §. 4. h. t. (43, 17.),

---

*) Vergl. Mackeldey, 11te Auflage, §. 447, Note e. Krug a. a. O. S. 89. No. 7. v. Buchholz jurist. Abhandl. No. 27. Unterholzner, Obligat. Verh. II. Bd. S. 61. Note d.

für unbewegliche, und nach neuerm Recht ganz unter denselben Bedingungen das interdictum utrubi für bewegliche Sachen. Dig. 43, 31. Cod. Theod. 4, 23. Man muß aber zur Zeit der Klaganstellung juristisch besessen haben. fr. 9. de R. V. (6, 1.) fr. 3. §. 8. h. t. (43, 17.) §. 1—4. i f. Inst. de interd. (4, 15.). Man gebraucht es gegen jede Störung, ohne daß gerade eine Gewaltthat vorgekommen seyn mußte. fr. 11. de vi et vi armata. (43, 16.) fr. 3. §. 2—4. h. t. (43, 17.) fr. 8. §. 5. si serv. vind. (8, 5.). Der Besitz des Klägers darf in Beziehung auf den Gegner nicht vitiosa possessio seyn. fr. 1. §. 5, 9. fr. 2. h. t. Außer der Sicherung vor künftigen Störungen, und Ausmittelung, wer eigentlich Besitzer sey, ist der Zweck des Interdikts Ersatz für den bereits durch die Störung erlittenen Schaden. fr. 3. §. 11. h. t. Wo man Entschädigung verlangt, verjährt das Interdikt mit Ablauf eines annus utilis nach erlittener Störung, außer soweit sich der Gegner noch bereichert findet. fr. 1. pr. h. t. fr. 4. de interd. (43, 1.). Das Interdikt ist eine actio mixta, judicium duplex. §. 7. Inst. de interd. (4. 15.) fr. 3. §. 1. h. t. fr. 37. §. 1. de O. et A. (44, 7.).[1])

2) Verletzungen durch Entreißung des Besitzes.

Durch das interdictum unde vi, oder de vi simplici seu quotidiana, und wenn Waffen gebraucht wurden de vi armata s. publica, verlangen wir außer der Restitution des Besitzes der Sache und der mit derselben verloren gegangenen andern Sachen (fr. 1. pr. §. 32—35, 37. h. t. (43, 16.)), und der Früchte vom Augenblicke der Dejektion an, auch der percipiendi (fr. 1. §. 4. h. t. 1. Const. 4. h. t. Cod. (8, 4.)) den Ersatz des Werthes des Besitzes, soferne der Beklagte den Besitz der Sache nicht einräumen kann, nebst dem Ersatz alles durch die Gewaltthat verursachten Schadens, und selbst des casus, der nach der Dejektion die Sache trifft. fr. 1. §. 42. fr. 15. h. t. fr. 1. §. 35, 41. h. t. Sogar wegen der Unterbrechung der Verjährung muß der Beklagte den Kläger schadlos halten. Vergl. fr. 71. §. 1. D. de furtis (47, 2.).[2])

1) Vergl. Savigny, Besitz, § 38, 39. Karl Albert, über das interd. uti possid. der Römer. Halle 1824. Mackeldey, 11te Aufl. §. 233. N. c.

2) v. Savigny, Besitz, S. 490 ff. Vergl. überhaupt Thibaut im Archiv für civil. Praxis. Bd. 1. No. 7. Mackeldey, §. 234.

Das Interdikt wird gebraucht, sobald der juristische Besitzer (fr. 4. §. 28. de usurp. ((41, 3.) fr. 1. §. 9, 10, 23. h. t.) [1]) einer unbeweglichen Sache (fr. 1. §. 3—8. h. t.) [2]) durch Gewalt des Besitzes entsetzt wurde, oder den Besitz wirklich verlor. fr. 1. §. 3, 29. h. t. fr. 1. §. 45. h. t.

Es geht gegen denjenigen, welcher mittelbar oder unmittelbar Urheber der Gewalt ist. fr. 1. §. 12, 15. fr. 3. §. 10—12. h. t., gegen die Erben aber nur, so weit sie bereichert sind, oder es ohne dolus seyn würden. fr. 1. §. 48. fr. 2, 3. pr. h. t. Nach Const. 11. h. t. (8, 4.) kann sich des interdictum de vi auch derjenige bedienen, der abwesend seinen Besitz durch Okkupation eines Andern verloren hat.

Durch die Exception, der Kläger habe von dem Beklagten den Besitz mit Gewalt, heimlich oder bittweise erhalten, wird jetzt keines der beiden Interdikte vereitelt. Gajus §. 154, 155. Paul. V. 6. §. 7. §. 6. Inst. h. t. Auch hebt ein Verzicht vor der Gewaltanwendung den Gebrauch des Interdikts nicht auf. fr. 27. §. 4. de pact. (2, 14.). Das interd. verjährt überhaupt [3]) mit Ablauf eines Jahres von verübter Gewalt an, außer in so ferne der Beklagte noch bereichert ist, oder der Kläger nicht selbst, sondern in seiner Abwesenheit, dessen Leute des Besitzes entsetzt wurden. fr. 1. pr. h. t. Const. 2. h. t. Const. 1. si per vim. (8, 5.).

b) Besitzverletzungen bei unkörperlichen Sachen.

Besondere für einzelne dingliche Servituten eingeführte Interdikte sind folgende:

1) Das interdictum de itinere actuque privato; Dig. 43, 19. de itin. actuque priv. [4]) fr. 1. pr. §. 1. h. t.; es geht

1) v. Savigny a. a. O. §. 40. S. 462—467.

2) auf bewegliche Sachen wurde das Interdikt auch später nicht ausgedehnt. Nicht entgegen sind Const. 34. de loc. (4, 65.) Const. 7, 10. h. t. (8, 4.) Die Litteratur hiezu in v. Wening Ingenheim Pand. II. §. 299. Note q.

3) S. jedoch in Beziehung auf d. interd. d. vi arm. v. Savigny, S. 492. und Note 1.

4) v. Savigny, §. 46. S. 450. Albert, C. über den Besitz unkörperlicher Sachen, No. 1, ausführl. exeg. prakt. Darstellung d. possess. interd. de itin. actu que priv. Eine ausführliche Darstellung bei Unterholzner Schuldverhältnisse. Bd. II. S. 155 ff.

gegen Jeden, der dem Berechtigten den Gebrauch der Servitut verwehren will, theils auf Entfernung des Eingriffs, theils auf Ersatz des Schadens aus der schon vorangegangenen Störung. fr. 3. §. 4, 5. eod. fr. 1. §. 23. de aq. cott. (43, 20). *) Die Bedingungen sind: 1) daß die Wegegerechtigkeit als Recht wenigstens 30 Tage lang im letzten Jahre ausgeübt worden sey. fr. 1. §. 2, 3, 6, 7, 8, 11. D. h. t. (43, 19.) Doch wirkt die Ausübung eines Andern für das praedium dominans fr. 1. §. 7. 8. fr. 3. §. 4, 7, eod., auch selbst die Ausübung des Vorgängers fr. 5. §. 2 fr. 6. eod., sogar dann, wenn der gegenwärtige Besitzer selbst noch nicht ausgeübt hat, in welchem Falle das Interdikt ein interdictum adipiscendae possessionis ist. fr. 2. §. 3. de interd. (43, 1.). — 2) Es muß eine Gebrauchsverwehrung vorhanden seyn. fr. 1. pr. fr. 3. § 3, 5, 12. h. t. (43, 19.). — 3) Der Besitz darf während der dreißigtägigen Ausübung nicht vitiosa seyn, d. h. die Ausübung, so weit sie zur Begründung des Interdikts nöthig ist, nicht vi, clam oder precario — im Verhältniß zum Gegner, oder dessen auctor — geschehen seyn. fr. 1. §. 12. fr. 3. pr. § 2. fr. 6. h. t. (43, 19.).

2) Durch das interdictum de aqua quotidiana et aestiva fordert man theils Entfernung der Störung, theils Ersatz des schon entstandenen Schadens. fr. 1. pr. §. 23, 27. de aqua cott. et aest. (43, 20), bei dem Besitz einer Wasserleitung, aber nicht blos aus einer Servitut, sondern auch aus jedem andern Titel. fr. 1. §. 12. eod. Erforderniſſe sind die bonae fidei possessio. fr. 1. pr. §. 10, 19 eod. und possessio non vitiosa. fr. 1. pr. §. 10, 20. eod. Die Ausübung muß im verflossenen Jahre oder bei Wasserleitungen, deren man sich nur im Sommer oder Winter bedient, in den letzten anderthalb Jahren wenigstens einmal geschehen seyn. fr. 1. §. 4. §. 31—36. fr. 6. eod.

3) Das Interdiktum de rivis fordert Bestellung der cautio damni infecti bei Ausbesserung einer Wasserleitung. fr. 1. pr. §. 9. fr. 3. §. 9 fr. 4. de rivis (43, 21.), sonst sind gleiche Bedingungen und Wirkungen wie beim vorigen Interdikt.

---

*) A. M. rücksichtlich des Schadensersatzes Albert, §. 143, 144.

4) Dieselben Bestimmungen gelten beim **interdictum de fonte. tit. D. 43, 2.** 2) bei der **servitus aquae haustus.**

5) Das interdictum de cloacis, zum Schutze der Ausbesserung der Privat-Kloaken, ist selbst gegen die Einrede aus der possessio vitiosa wirksam. fr. 1. pr. §. 7. de cloacis (43, 23.). [1])

Bei persönlichen Servituten treten, wie beim Besitz körperlicher Sachen, die interdicta retinendae und recuperandae possessionis ein bei Verletzungen. fr. 4. D. uti possid. (43, 17.) fr. 3. §. 13, 14, 16, 17. D de vi (43, 16.) fr. 60. pr. De de usufr. (7, 1.) fr. 27. D. de donat. (39, 5.).

Der Faustpfandgläubiger, der Emphyteuta und Superficiar haben alle interdicta retinendae und recuperandae possessionis. Das interd. uti possid. der Superficiare hat den Namen: interd. de superficiebus. T. D. de superfic. (43, 18.)

§. 63.

3) Von Beschädigungen, welche durch das *interdictum quod vi aut clam* gerügt werden.

Das interd. quod vi aut clam [2]) dient zu Wiederherstellung des gewaltsam oder heimlicher Weise zu unserm Nachtheil an einem Grundstücke verändertem Zustandes. Die Veränderung muß an einer unbeweglichen Sache vorgehen, sie mag es an sich seyn, oder durch Cohärenz mit einer unbeweglichen so angesehen werden. **fr. 1. §. 4. fr. 7. §. 5. fr. 20. §. 4. h. t. (43, 24.)** Nur bei Früchten am Baume wird dies nicht angenommen. **fr. 7. §. 5. fr. 11. §. 3. eod.** Vi factum heißt Alles, was gegen das ausdrückliche Verbot des Andern geschah. **fr. 1. §. 5. 9. fr. 20. pr. §. 1. h. t. (43, 24.)** Dahin gehört auch Alles, was gegen eine novi operis nunciatio geschah. **fr. 5. §. 7. fr. 7. §. 2. h. t. (43, 24.)** Nach der gewöhnlichen Ansicht ist clam factum zuvörderst Alles, was

---

1) Vergl. überall diese Interdikte. Unterholzner a. a. O. S. 160 ff.

2) **Donelli, Comment. de j. c. lib. XV. cap. 35. Westphal, interpr. jur. civ. de libert. et serv. praed. sect. II. cap. 14. §. 371—438. p. 249—281.** Vergl. Gust. Hasse im Rhein. Museum für Jurispr. Jahrg. 4. S. 1—51. **Roßhirt, Civilrecht II. Bd. S. 540. v. Wening Ingenheim, Lehrbuch d. Civilrechts. 3. Bd. §. 317. Schweppe röm. Privatr. Bd. 3, §. 317. W. H. Puchta, gerichtl. Klagen, §. 156.**

mit absichtlicher Verheimlichung geschieht. **fr. 3. §. 7. h. t. fr. 73. §. 2. D. de R. J.** Demnächst ist darunter Alles begriffen, wogegen man einen Widerspruch erwartete, oder vernünftiger Weise erwarten mußte, und doch versäumte dem Andern die gehörige Anzeige genau und ohne Winkelzüge zu machen. **fr. 3. §. 7, 8. fr. 5. §. 2. h. t.** Uebrigens ist hinreichend, wenn man nur **ab initio rei aut clam** handelte. **fr. 3. §. 1. D. h. t.** Indessen wird doch das **vitium** durch nachherige Genehmigung des **adversarius** gehoben. **fr. 3. §. 2. fr. 20. §. 2. h. t.** Es muß ein Schaden daraus entstanden seyn, sonst findet dies Interdikt nicht Statt. **fr. 7. §. 7. fr. 18. pr. fr. 22. §. 3. h. t.** Ebenso lehrt die gewöhnliche Ansicht, daß Jeder, der dabei interessirt ist daß die Veränderung unterbleibe, das Recht habe, sie zu untersagen, und der, dem sie untersagt sey, sie unterlassen müsse; letztrer könne zwar sein Recht durch förmliche Klage geltend machen; nimmt er aber, anstatt erst Klage zu erheben, die verbotene Neuerung dennoch vor, so gehe gegen ihn das **interdictum quod vi aut clam** auf Wiederherstellung des vorigen Zustandes und vollen Schadensersatz. Auch schütze ihn nicht der Umstand, daß er zur verbotenen Handlung in der That berechtigt gewesen, wenn er sie trotz eines Verbotes doch vornahm.

Das Interdikt ist nicht begründet, wenn man nicht Etwas nur einigermaßen Bleibendes bewirkte, sondern etwa nur über ein fremdes Grundstück **vi aut clam** fuhr, oder ein Thier trieb. **fr. 22. §. 3. eod.**

Gleichgültig ist, an welchem Ort die Neuerung geschieht, ob derselbe Eigenthum oder fremder Grund und Boden, ein **locus publicus** oder **privatus** ist. **fr. 7. §. 8. fr. 15. §. 2. fr. 20. §. 5. fr. 22. §. 4. eod.** Ebenso gleichgültig ist, wie die Neuerung geschieht, durch Bauen, Anlagen, Wegnahmen, Einreißen, Zerstören, Beschädigen, wenn nur für den Betheiligten ein Schade entstand. **fr. 7. §. 9, 10. fr. 9. pr. §. 3. fr. 15. pr. fr. 19, 22 § 1. eod. fr. 7. §. 7. fr. 18. pr. fr. 22. §. 3. eod.** So lautete die gewöhnliche Ansicht über dies Interdikt, bis Franke durch seine Abhandlung im Archiv für civ. Praxis, Bd. **XXII.** No. **XIV,** dieselbe angriff und, wie wir glauben, auf's Gründlichste widerlegte. Wir enthalten Uns hier daher einer weiteren Ausführung und geben

nur die Resultate der Frankeschen Untersuchung an, indem wir auf die Abhandlung selbst verweisen.

Das **interdictum quod vi aut clam** ist ihm eine Delikts-klage auf Schadensersatz wegen widerrechtlicher Eigenmacht in Neuerungen. Eine Widerrechtlichkeit, wie sie das Interdikt voraussetzt, ist nur denkbar, wenn unsere Eigenthumsrechte durch entgegenstehende Rechte Dritter geschmälert, oder durch gesetzliche Verbote beschränkt sind; so lange dies nicht der Fall ist, muß auch ihre Ausübung rechtlich geschützt werden. **Qui jure suo utitur, nemini facit injuriam.** Wer Uns verhindern will, in dem Unsrigen im Umfange unsres Rechtes zu bauen oder sonst zu wirthschaften, gegen den gaben die Gesetze das **interd. uti possidetis**, gegen thatsächliche Verhinderung die Injurienklage; und die Verhinderung ist eine wahre **injuria**, nicht aber unser Bauen *rc.*, und etwa daraus entstandener Nachtheil ist ja gar kein römisches **damnum.** »**Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habuit.**« **fr. 151. D. de reg jur.** Also muß derjenige, welcher Uns im Bauen *rc.* hindern und das **interd. quod vi aut clam** gegen Uns gebrauchen will, ein rechtlich begründetes Interesse haben, was, wie von selbst erhellt, nicht der Fall seyn kann, sobald wir innerhalb den Grenzen unsrer Eigenthumsrechte **jure** handeln. Darnach bestimmt sich ebenfalls von selbst, wie der Ausdruck **vi et clam** zu erklären ist. Franke betrachtet nun die Anwendung des Interdikts nach den vier Beziehungen, jenachdem 1) Jemand auf fremdem Gebiete Anlagen macht oder sonst Veränderungen vornimmt; dieser muß allerdings das Verbot des Eigenthümers achten, sonst wird das **interd. quod vi aut clam** gegen ihn begründet. Er muß zuvörderst sein Recht mit konfessorischer Klage ausführen. Berechtigt ihn der bloße Besitz zur Handlung, so genügt der Beweis des Besitzes. Wird ihm dann der Besitz oder überhaupt das Recht anerkannt oder rechtskräftig zugesprochen, dann braucht er das Verbot des Eigenthümers gegen ihm erlaubte Handlungen nicht zu achten. Auch beim Pächter oder Usufruktuar kömmt es einzig und allein auf die Rechtmäßigkeit ihrer Handlungen an, nur wenn sie ihre Befugnisse überschreiten, begehen sie widerrechtliche Eigenmacht.

2) Nimmt der Eigenthümer in dem Seinigen erlaubte Veränderungen vor, so ist er nicht verbunden, sich in fremdem Ver-

bote zu fügen. Nur wer berechtigt ist zu widersprechen, kann aus seinem Verbot das interd. quod vi aut clam erwerben. Hier trifft die konfessorische Klage oft mit dem interd. zusammen. Die weitere Ausführung siehe bei Franke.

3) Der Miteigenthümer ist bei Veränderung auf dem gemeinschaftlichen Grundstück zum Widerspruch berechtigt, und hat deßhalb das interd., jedoch auch die actio de communi dividendo und zwar auf Verhinderung und Wegräumung der Anlage und Ersatz.

4) Durch Veränderungen an öffentlichen Sachen können so verschiedene Interessen verletzt werden, daß die Betrachtung des Resultats der Frankeschen Untersuchung über dieselben über die Grenzen unserer Aufgabe gingen, weßhalb wir darauf verweisen §. 6. l. c.

Dies Interdikt kann gegen eine doppelte Klasse von Personen gehen: a) gegen den facientem, er mag Besitzer seyn oder nicht. fr. 15. §. 8, 14. fr. 6. fr. 13. §. 6, 7. h. t. Mehrere können in solidum belangt werden, fr. 15. §. 2. h. t., doch werden die Uebrigen, wenn Einer geleistet hat, befreit; fr. 6, 15. §. 12. eod.; die Erben nur in so weit sie bereichert sind. fr. 13. §. 3. eod. b) Gegen jeden Besitzer der vi oder clam gemachten Anlage. fr. 7. pr. fr. 15. pr. fr. 16. §. 2. eod. Nach dieser Verschiedenheit richtet sich der Zweck der Klage: α gegen den Besitzer kann damit nur darauf geklagt werden, daß er dem Kläger die Wiederherstellung gestatte und ihm die Klagen cedire. fr. 7. pr. fr. 13. i. f. fr. 15. §. 1. fr. 16. i. f. eod. β. Hingegen gegen den Thäter geht das Interdikt auf Wiederherstellung auf dessen Kosten, oder Ersatz aller deßhalb vom Betheiligten verwandten Kosten, so wie außerdem auf das volle id quod interest. fr 13. §. 7. fr. 16. §. 2. fr. 21. §. 3. eod. fr. 15. §. 7—9. eod. Demzufolge können auch alle Früchte gefordert werden. fr. 38. §. 11. de usur. (22, 1.) Dies Interesse kann auch allenfalls durch das juram. in lit. bestimmt werden. fr 15. §. 9. h. t. Uebrigens ist Alles, was der Kläger hier erhält, Interesse. Hat von Mehreren Einer bezahlt, so werden die Andern liberirt. Wenn man durch andre Klagen zum Schadensersatz gelangt ist, so kann man sich dieses Interdikts nicht mehr bedienen. fr. 6. fr. 15. § 12. D. h. t.

Das Interdikt verjährt innerhalb Jahresfrist von der Zeit an, wo die Neuerung vollendet war, oder die Fortsetzung unterblieb.

fr. 15. §. 3, 4. D. eod. Indessen soll doch gegen Ablauf des Jahres ex justa ignorantia eine restitutio in integrum gestattet werden. Auch findet es überhaupt nach Jahresfrist Statt, wenn der Gegner sich bereichert befindet. fr. 15. §. 5, 6. eod. fr. 4, D. de interdictis. (43. 1.)

4) Auch die actio aquae pluviae arcendae geht auf Wiederherstellung und cautio damni infecti auf Ersatz des Schadens, den man von der Litiskontestation an erlitt, wenn sie gegen den facientem gerichtet ist.. fr. 6. §. 6. fr. 11. §. 3. fr. 14. §. 2, 3. h. t. (39, 3.) Der Schaden, der vor erhobenem Proceß zugegangen, ist mit dem *interd. quod vi aut clam* zu erlangen. fr. 6. §. 6. fr. 11. §. 3. fr. 14. §. 2, 3. D. eod. (39, 3.) Geht sie gegen den blosen Besitzer, so muß man sich wegen Kosten- und Schadensersatz an den facientem halten mit dem interd. quod vi aut clam, oder der actio de dolo. fr. 4. §. 2, 3. fr. 5. fr. 6. §. 7. fr. 11. §. 2. fr. 13. D. eod. Wird auf Schadensersatz geklagt, so ist pro parte zu klagen, weil eine theilweise Präſtation vorliegt, welches erhellt aus fr. 11. §. 3, 4. eod.; ist auf Restitution der Zweck gerichtet, so wird in solidum geklagt, wenn eines von beiden Grundstücken mehrere Eigenthümer hat. Das Nähere dieser Klage in v. Wening Ingenheim's Civilrecht II. Bd. §. 318. [1])

§. 64.

β. Zum Schadensersatz allein verpflichten:

1) Die Verhinderung einer Beerdigung; wird das Begraben eines Todten verhindert, so kann man sich entweder des interdicti de mortuo inferendo bedienen, oder den Todten irgend anderswohin begraben, und eine Schadensklage anstellen. fr. 8. §. 5. fr. 9. D. de relig. et sumpt. (11, 7.) Diese Klage geht keinenfalls auf die Erben über. [2])

2) Bei verhinderter Erscheinung vor Gericht. Die Klage daraus geht auf den Fall: wenn Jemand, der vor

1) Cujacius, observ. L. 23. c. 17. Vergl. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 194 ff.

2) Vergl. Glück XI. §. 775.

Gericht an einem bestimmten Termin erscheinen soll, daran verhindert wird, und ihm daraus Schaden erwächst. Die Verhinderung muß dolo malo geschehen seyn, z. B. durch lügenhafte Nachrichten oder wohl auch thätlich (manibus). fr. 1 pr. §. 1, 2. fr. 3. pr. D. de eo per quem factum erit, quom. quis i jud. sist. (2, 10.) Gleichgültig ist, ob der Verhinderte Kläger oder Beklagter war. Diese Klage gebührt aber nicht blos immer demjenigen, der verhindert worden ist, sondern überhaupt dem, der durch die Verhinderung Schaden erlitt. fr. 1. §. 3. pr. §. 2, 4. D. h. t. (2, 10) Sie geht auf Erstattung alles Interesse. fr. 3 pr. §. 4. D. h. t. fr. 2. fr. 3. D. si quis caution. in jud. (2, 11.). Damit steht nicht im Widerspruch fr. 1. §. 4. D. h. t. (2, 10), denn nach dem Zusammenhange geht diese Stelle auf den Fall, wenn Jemand wegen Nichterscheinen eine Strafe bezahlen soll. Hier sollen die Verhinderer die poena als Schadensersatz wiedererstatten. Ist der Ersatz anderweitig erlangt, so wird der Anspruch aus dieser Klage ausgeschlossen Vergl. fr. 1. §. 4. fr. 3. §. 4 D. eod. Mehrere Verhinderer haften in solidum. fr. 1. § 4. D eod. Kam die Verhinderung von einem Sklaven, so gelten die klaren Bestimmungen des fr. 1. § 5 und fr. 2. D. h. t Die Klage dauert ein Jahr und geht auf die Erben über, allein gegen die Erben nur so weit sie bereichert sind. fr. 1. §. 6. D. ibidem [1])

3) Wenn Jemand einen öffentlichen Weg auf Privatländereien verlegt, kann er mit der viae receptae actio auf Schadensersatz belangt werden. fr. 3. pr. de via publica. (43, 11.) [2])

4) Gegen denjenigen, welcher eine Veräußerung *dolo malo* vornimt, welche einem Dritten die gerichtliche Verfolgung eines Rechts schwieriger macht oder gar vereitelt, geht eine actio in factum propter alienationem judicii mutandi causa auf Leistung des vollen Interesse. fr. 1. pr. fr. 3 §. 4. fr. 4. §. 5, 6. D. h. t. (4, 7) fr. 1. §. 1. fr. 2, 3. pr. §. 2, 3. Die Veräußerung muß dolo malo vorgenommen seyn, und zwar vor erhobenem Proceß. fr. 8. §. 1. h. t.

---

1) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 752.

2) Unterholzner l. c. II. Bd. S. 706.

und einen schwerern Stand für die Rechtsverfolgung veranlassen; daher fällt die Klage weg, wenn der Veräußernde bereit ist, den Streit zu übernehmen, als besäße er noch, fr. 3. §. 5. eod.; oder wenn Jemand aus Noth oder sonst eben nicht dolose eine Veräußerung vornimmt. fr. 4. §. 3. D. ibid.

Die Erben haften nur so weit sie bereichert sind. fr. 4. §. 6. D. ibid. fr. 52. D. de r. v. (6, 1.), die Erben des Verletzten aber haben die Klage. Sie verjährt mit Ablauf eines annus utilis. fr. 6. eod Vergl. fr. 7. D. ibid. — Const. 7. Cod. de temp. in int. (2, 53.).

Geschieht eine alien. jud. mut. c. zum Nachtheil des Beklagten, so erhält dieser eine Einrede, und kann die Streiteinlassung mit dem Erwerber verweigern. fr. 11. h. t; und bei arglistigen Veräußerungen des Antheils an einer gemeinschaftlichen Sache zum Nachtheil des andern Theilnehmers, geht nach der Lex Licinia für den Erwerber wie für den Veräußernden das Recht verloren. fr. 12. eod. Veräußerung begreift hier jede Uebertragung eines dinglichen Rechts, ja selbst Besitzübertragung. fr. 4. §. 2, 4. fr. 8. §. 2. h. t. Ja selbst Freilassungen gelten als Erschwerungen der Rechtsverfolgung. fr. 3. §. 1. eod. Bei Dispositionen auf den Todesfall oder bei bloßem Derelinquiren oder Ausschlagen des Erwerbs einer Sache findet die Klage nicht Statt. fr. 4. §. 1. fr. 8. §. 3. eod. fr. 119. de R. J. *)

5) Dolose Rathsertheilung verpflichtet zum Schadensersatz, der mit der actio de dolo einzutreiben ist. fr. 2. §. 6. D. mand. v. c. (17, 1.) fr 47. D. de R. J. cap. 62. in VIto de R. J. (5, 13.). Diese Regel leidet Ausnahme, wenn der Rathgeber ausdrücklich versprach, für den schlechten Ausgang zu haften, denn dann ist es Bürgschaft, und wenn Jemand durch ein obligatorisches Verhältniß zum Rathgeben verbunden war, hier kömmt es auf die culpa an, die dabei vorkam, und kann man sich nicht mit der exceptio propriae culpae helfen. Die Vorschrift des fr. 6. §. 5. D. mand. (17, 1.) bezieht sich aber nur auf Mandatsverhältnisse, und consilium und mandatum wird darin nur in Hinsicht sonstiger Effekte außer dieser Ausnahme verglichen.

*) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 89. ff.

6) Hat eine Frau *dolo malo et per calumniam* eine von ihrem verstorbenen Manne herrührende Schwangerschaft vorgegeben, so die Einweisung in den Besitz *ventris nomine* und nothdürftigen Genuß der Erbschaft des verstorbenen Mannes erlangt — und dadurch Schaden zugefügt, so gab der Prätor einen Anspruch auf Schadensersatz dem Beeinträchtigten. fr. 1. §. 6. D. si mulier ventris nomine (25, 6.). Auch die mit Vermächtnissen bedachten Personen können beeinträchtigt seyn, wenn wegen erwarteter Niederkunft die Antretung der Erbschaft unterblieb. fr. 1. §. 10. D. ibid. Die Klage daraus geht gegen die Frau, und auch gegen den, der sie in seiner Gewalt hat, wenn er den dolus theilte. fr. 1. §. 5, 12. D. ibid. Sie ist nur intra annum utilem zulässig. fr. 1. §. 3. D. eod. Der Anspruch geht auf die Erben über, nicht aber gegen sie. fr. 1. §. 9. D. ib.

Die Klage geht auf Ersatzleistung, quanti agentis interfuit. fr. 1. §. 4. D. fr. 1. §. 7. § 8. D ibid. Sie wird als quasi poenalis auch betrachtet wegen der infamirenden Wirkung des Vorwurfs doloser Lüge. fr. 15—19. D. de his qui not. inf. (3, 2.) fr. 1. §. 3. D. h. t.

Hat jedoch eine Frau auf Aufforderung geschworen, daß sie von ihrem Manne schwanger zu seyn glaube, so kann kein Anspruch wegen wissentlich unwahrem Vorgeben gegen sie erhoben werden. fr. 1. pr. D. ibid. *)

7) Hat eine Frau unter denselben Verhältnissen wie bei No. 6. dolose den Besitz der Erbschaft einem Unberechtigten in die Hände gespielt und dadurch den Erbberechtigten in Schaden gebracht, so giebt auch hier das prätorische Edikt eine Klage. fr. 1. pr. §. 1. D. si ventr. nom (25, 5.) fr. 2. pr. D. eod. fr. 1. §. 3. D. eod. Insbesondre können die Kosten des nun nöthigen Rechtsstreits Anspruch auf Schadensersatz veranlassen. fr. 2. §. 1. D. ib. Die Klage war eine in factum actio. Vergl. fr. 2. §. 1. D. ib. Sie geht auf einfachen Schadensersatz. fr. 1. §. 1. fr. 2. §. 1. D. ib. fr. 1. §. 4. D. ib — Der Beeinträchtigte hat sie gegen die Frau und den, in dessen Gewalt sie ist. fr. 1. §. 1. D. ib.

*) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 750.

fr. 1. §. 1. D. ib. fr. 1. §. 5. D. ib. fr. 2. §. 1. D. ib. — Sie ist auch nach Jahresfrist zulässig. fr. 1. §. 4. D ib. Gegen die Erben ist sie allgemein unstatthaft. [1])

§. 65.

γ. Zum Schadensersatz und Strafe zugleich verpflichten:

1) die Annahme eines pekuniären Vortheils, die kalumniose (*dolo malo*) geschah, um gegen einen Andern zu klagen oder nicht zu klagen. Deßwegen kann man die actio in factum de calumnia auf die vierfache Herausgabe des Empfangenen anstellen. fr. 1. pr. D. de calumniatoribus (3, 6.). [2])

Einerlei ist, welche Klage hier gedroht oder angestellt wurde, eine Civil- oder Kriminal-Klage, ob es bei der bloßen Drohung blieb, oder ob die Klage wirklich angestellt wurde; ob der Kalumniant Geld oder sonst einen pekuniären Vortheil bekommen hat. fr. 1. §. 1, 4. fr. 2. fr. 3. pr. §. 1. D. h. t. Nothwendig aber ist, daß kalumniose gehandelt wurde, d. h. wissentlich, daß es eine widerrechtliche Klage sey. fr. 1. §. 3. D. h. t. Diese Klage gebührt nicht gerade dem, der das Geld gegeben, sondern dem, gegen den der Kalumniator klagen wollte, und dabei ist es gleichgültig, ob das Geld für das Klagen, oder das Nichtklagen gegeben wurde. fr. 3. §. 3. fr. 7. pr. D. h. t. Diese Klage geht nicht auf die Erben über. fr. 4. D. h. t. Dennoch können die Erben verlangen, daß ihnen das, was der Erblasser weggegeben hat, zurückgegeben werde, und der Erbe des Schuldigen haftet wenigstens so weit er bereichert ist. fr. 4. D. h. t. fr. 5. pr. eod.

Das Quadruplum, worauf die Klage geht, kann nur binnen Jahresfrist gefordert werden, nach Verlauf des Jahres geht sie auf das Einfache. Dies Jahr wird gerechnet, wenn der Kläger selbst

1) Unterholzn. a. a. O. II Bd. S. 751.

2) Cod. 9, 46. eod lib. extra 5, 2. de calumniat. Gajus 4, 5. 174 — 182. Paulus Sent. 1, 5 Bachov. Comment. in primam partem Paud. lib. 3. tit. 6. Noodt, Comment. ad Pand h. t. Vianen de concursu act. cap. 2. §. 3. Cujac. ad lib. 10 Paull ad ed. in expl. 1, 7. de calum. in Opp. t. V. p. 139. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 786.

das Geld gegeben hat, vom Tage des Gebens an, wenn Andre das Geld gegeben, vom Tage des Erfahrens von Seite des Klägers an. fr. 1. pr. fr. 6. D. h. t.

Neben dieser Klage findet auch die condictio ob turpem causam Statt für den unschuldigen Geber. Hat hier der Kläger selbst das Geld gegeben, so findet nur Eine von beiden Klagen Statt und hier ist also die actio de calumnia eine actio mixta. Hat hingegen ein Dritter das Geld gegeben, so finden beide Klagen neben einander Statt. Der Geber klagt auf Zurückgabe, der Bedrohte auf die Strafe. fr. 5. §. 1. fr. 7. pr. D. h. t.

2) Eine eigne Klage geben die Gesetze für den Fall, daß Jemand heimlich fremde Bäume umhaut oder umsägt, die actio arborum furtim caesarum. Sie rührt aus den 12 Tafeln her. fr. 28. §. 6. D. de jurejurando sive voluntar. (12, 2.) fr. 7. D. arborum furtim caesar. (47, 7.). Sie ist keine besondre Art der actio furti, sie kann wohl mit dem Diebstahl konkurriren, wenn der Baum umgehauen wird, um ihn sich zuzueignen. Tritt dieser Fall ein, so finden beide Klagen kumulative Statt. fr. 7 §. 1. fr. 8. §. 2. D. h. t. fr. 32. D. de Obl. et Act. (44, 7.). *)

Wesentlich erforderlich ist, daß die Bäume heimlich gefällt worden, animo celandi, und ebenso, daß der Baum von der Wurzel abgehauen sey. Gräbt Jemand den Baum mit der Wurzel aus, so tritt die Klage nicht ein. fr. 7. pr. §. 2, 3. fr. 8. §. 1, 3. D. h. t. Was hier unter Baum zu verstehen, lehrt fr. 3, 4. D. h. t.

Diese Klage gebührt nur dem dominus und emphyteuta, nicht aber dem usufructuarius, sondern letzterer muß die actio L. Aq. anstellen oder das interdictum quod vi aut clam. fr. 5. §. 2, 3. D. h. t. fr. 13. pr. D. quod vi aut clam. (43, 24.) Nach der Analogie kann wohl auch der Pfandgläubiger diese Klage anstellen.

Die Klage geht auf das Doppelte des Interesse, das in dem besteht, was der liegende Baum weniger werth ist, als der stehende. fr. 7. §. 7. fr. 8. pr. D. h. t. Sie ist actio perpetua. fr. 7. §. 6. D. h. t. Die Klage geht gegen den (mittelbaren oder unmittelbaren) Thäter und gegen den Herrn. fr. 7. §. 4, 5. D. ib.

*) Siehe Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 722 ff.

Mehrere Mitschuldige haften in solidum. fr. 6. pr. D. ib. Der Anspruch geht auf die Erben über, nicht aber gegen sie. fr. 7. §. 7. D. ibid. Durch die Veräußerung des Grundstücks wird die Klage nicht auf die neuen Erwerber übertragen. fr. 12. D. eod.

§. 66.

3) Wurden dolo malo bewegliche Sachen gewaltsam weggenommen oder beschädigt, oder geschieht solches in Verbindung Mehrerer, wenigstens Zweier (coactis hominibus), so finden wir dafür in den Gesetzen die actio vi bonorum raptorum. Die Erfordernisse sind demnach:

Das Faktum muß dolo malo geschehen seyn, mit dem Bewußtseyn, daß man kein Recht auf die Sache hatte. fr. 2. §. 18—20. D. vi bonor. rapt. (47, 8.) §. 1. J. de vi bonor. rapt. (4, 2.). Eigen ist dabei, daß der Kreditor, welcher eine ihm verpfändete Sache raubt, ebenfalls mit dieser Klage belangt werden kann. Const. 3. Cod. vi bonor. rapt. (9, 33.).

Der Gegenstand muß eine bewegliche Sache seyn. Const. 1. Cod. h. t. (9, 33.), und diese muß geraubt oder beschädigt seyn. fr. 2. pr. D. h. t. (47, 8.)

Dies muß entweder gewaltsam oder coactis hominibus geschehen seyn, im letztern Falle ist nicht gerade Gewalt nöthig. Das prätorische Edikt gieng eigentlich auf den Fall »hominibus coactis.« Die Römer extendirten es aber darauf, wenn es ein Einzelner gethan, aber Gewalt angewandt hat. fr. 2. §. 7, 9. D. h. t. (47, 8.).

Die Klage gebührt Jedem, der ein Interesse dabei hat. §. 2. Inst. h. t. (4, 2.) fr. 2. §. 22—24. D. h. t. (47, 8.) und geht gegen Alle, die Antheil an der rapina genommen. Gegen die Erben hingegen findet sie gar nicht Statt. fr. 2. §. 2, 12. §. 27. D. h. t. (47, 8.).

Die Klage geht, wenn sie innerhalb eines annus utilis angestellt ist, auf den vierfachen Ersatz, nach dessen Ablauf hingegen nur auf einfachen Ersatz, und dabei wird nicht das Interesse, sondern das verum rei pretium in Anschlag gebracht. pr. Inst. h. t. (4, 2.) fr. 2. §. 13. D. h. t. (47, 8.) Von dieser Verordnung der Klage für das Vierfache findet eine besondere Ausnahme Statt: wenn Christen aus Religionshaß gegen Heiden und Juden eine rapina aus-

üben, so sollen sie zum doppelten Schadensersatz verurtheilt seyn. **Const. 6. Cod. h. t. (9, 33.)** Von diesem **quadruplum** ist aber nicht das Ganze Strafe, sondern das Einfache ist Schadensersatz und das **triplum** Strafe. **pr. Inst. h. t. (4, 2.).** Nur dann scheint dies eine Ausnahme leiden zu sollen, wenn der Raub gegen Schiffe verübt wurde; hier scheint das **quadruplum** als Strafe zu gelten. **Const. 5. Cod. de navicularíis (11, 1.).** Der Anspruch geht auf die Erben über, aber nicht gegen sie. **fr. 2. § 27. D. vi b. r. (47, 8.).**

Wer einen Raub begangen hat, kann jedesmal auch mit der **actio furti** belangt werden. **pr. Inst. h. t. (4, 2.) fr. 2. §. 10, 26. D. h. t. (47, 8.).** Zwei Fragmente bestättigen, daß diese Koncurrenz nur elektiv seyn soll. **fr. 1. D. h. t. (47, 8.) fr. 88. D. de furt. (47, 2.)**; denn sonst würde auch der Räuber minder hart als der Dieb bestraft werden, wenn gleich Ulpian entscheidet, daß, wenn mehrere Pönalklagen konkurriren, diese kumulativ gebraucht werden könne, welche Ansicht Justinian billigte.

4) Hat Jemand den Sklaven eines Andern verdorben, so findet die **actio de servo corrupto** auf das Doppelte wieder ihn Statt. **fr. 1. pr. de servo corrupto (11, 3.)** (Vergl. Oben bei der Quellenkunde nota zu diesem Titel.) Diese Klage gestattet man als **utilis** auch dem Vater wegen des verführten Sohnes auf das Einfache. **fr. 14. §. 1. eod. fr. 2. de liberis exhib. (43, 30.).** Ist ein Sklave zum Entlaufen verführt, so kann er natürlich vindicirt, und der Verführer als Dieb belangt werden. **fr. 1. pr. de fugitivis (11, 4.).** [1] Die Klage vererbt sich dem Anspruch, aber nicht der Verpflichtung nach. **fr. 13. pr. D. h. t.** Vergl. **fr. 8. D. eod.**

§. 67.

5) Für den Fall, daß Jemandem in einem Auflaufe (**turba**), ein Schade zugefügt worden (**damnum in turba datum**), geben die Gesetze eine **actio in factum. fr. 4. pr. D. vi bon. rapt. (47, 8.).** [2] Dieser Schaden muß aber nothwendig also in einer

1) Ueber die Ausdehnungen Thibaut §. 624. Vergl. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 704 das Nähere hierüber.

2) Unterholzner, ebendas. II. Bd. S. 707 das Nähere.

turba geschehen seyn, d. h. einem Zusammenlaufe von wenigstens 10 Menschen. fr. 4. §. 3—12. D. cit. (47, 8.). Gleichgültig ist, ob der Beschädiger selbst die turba erregt hat, oder ob ein Andrer sie veranlaßte. [1]) fr. 4. §. 5, 6. eod. Es kann auch der Urheber der turba belangt werden, sobald er sie dolo malo veranlaßte. fr. 4. §. 4. eod. Diese Klage geht nicht auf das quadruplum, sondern auf das duplum, und nach Verlauf des annus utilis auf das simplum. fr. 4. §. 7, 11. D. cit. (47, 8.).

6) Für den Fall des Raubs und Diebstahls zur Zeit der Noth hatte der Prätor auch eine eigne actio in factum eingeführt. Gewöhnlich konnte man sich einer andern Klage bedienen. fr. 1. pr. D. de incendio, ruina (47, 9.). [2]) Die wesentliche Bedingung ist: es muß der Schade während eines öffentlichen Unglücksfalles, und zwar auf Veranlassung desselben zugefügt worden seyn. Unglücksfälle der Art sind: Feuersbrunst, Einsturz, Schiffbruch, Angriff auf ein Schiff. Gleichgültig ist, ob der Schaden den Personen zugefügt wurde, die unter der Noth leiden, oder andren Personen auf Veranlassung des Unglücksfalles. fr. 1. §. 2. fr. 3. §. 1. fr. 5. D. h. t. (47, 9.). Ferner ist es gleichgültig, ob ein Raub, Diebstahl oder sonstige Beschädigung zugefügt worden sey. Nur muß immer dolus malus vorhanden seyn. fr. 3. §. 4, 5, 7. D. h. t. (47, 9.). Die Klage, die in diesem Falle eintritt, geht innerhalb eines anni utilis auf das quadruplum, nach dessen Ablauf nur auf das simplum. Es wird also dieselbe Konkurrenz mit der actio furti Statt finden. fr. 1. pr. D. (47, 9.)

Einzelnheiten, die bei dieser Klage vorkommen, sind, daß sie nicht blos gegen den Stehler, sondern auch gegen den Hehler geht, fr. 3. §. 3. D. h. t. (47, 9.), und daß, wenn Etwas aus dem Schiffbruche entwendet worden ist, eben so viel, als Strafe an den Bestohlenen bezahlt wird, auch an den Fiskus bezahlt werden muß. Gegen die Erben geht die Klage nur so weit sie bereichert sind, fr. 4. §. 2. D. h. t., auf die Erben geht sie über.

---

1) Paulus, Sent. V. 3, §. 1.

2) Paul. Sent. V. 3, §. 2. Mos. et Roman. LL. Coll. tit. 12. Peckii (P) Comment. in tit. D. et Cod. ad rem nauticam pertin. cum notis A. Vinnii, p. 298 ff. Unterholzner, a. a. O. II. Bd. S. 727.

7) Wenn aus einem Hause Etwas herausgegossen oder geworfen wurde auf einen gangbaren Weg, ohne vorgängige Verwarnung, so findet die **actio de effusis et dejectis** gegen den Bewohner der Zimmer Statt, aus dessen Lokal das Herausschütten oder Werfen Statt fand, wenn die Wohnungen abgetheilt sind. (**fr. 5. pr. h. t. 9, 3.**) **fr. 1. §. 2. de his qui effuderint (9, 3.). fr. 31. ad L. A. (9, 2.).** Dieser hat dann als Schuldloser den Regreß gegen den Thäter. **fr. 5. §. 4. h. t. (9, 3.).** Läßt sich nicht ausmitteln, aus wessen Lokal es geschah, so geht sie gegen mehrere Bewohner **in solidum**, die wieder **pro rata** Entschädigungsklagen gegen einander haben. **fr. 1. §. 10. fr. 3. fr. 4. eod.** Die Zahlung des Einen befreit die Uebrigen. **fr. 1. §. 10. fr. 2, 3. h. t. (9, 3.).** Die Klage geht nicht wider die Erben. **fr. 5. §. 5. eod.**

Wird ein freier Mensch getödtet, so hat Jeder aus dem Volke eine Klage auf 50 **aureos**. Wird er verwundet, so steht ihm und Jedem aus dem Volke eine Klage auf das Interesse und eine arbiträre richterliche Bestimmung zu. **fr. 5. §. 5. eod. §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex delict. (4, 5.).** Ward eine Sache beschädigt, so geht sie auf das Doppelte, jedoch nur von Seite des Beschädigten. **§. 1. Inst. l. c. (4, 5.) fr. 1. §. 4, 5. fr. 5. §. 5. h. t. (4, 3.).** Als **popularis** ist sie **annalis**, außerdem **perpetua. fr. 5. §. 5 eod.** Jetzt ist natürlich nur vom Schadensersatz die Rede, und allenfalls von einer öffentlichen Strafe. Ist aus einem Schiffe Etwas geworfen, so kann diese Klage **utiliter** gegen den Vorgesetzten desselben angestellt werden. **fr. 6. §. 3. D. eod.** *)

8) Wer in seiner Klagschrift eine übertriebene Schätzung des eingeklagten Gegenstandes angegeben und dadurch Schaden herbeigeführt, indem die Gerichtsboten höhere Gerichtsgebühren erhoben als bei richtiger Schätzung geschehen wäre, der soll dem Verklagten das Dreifache des Verlustes ersetzen **§. 24. Inst. de act (4, 6.)** Vergl. **Const. 2. § 2. Cod. de plus petit. (3, 10.)** Nach aller Analogie glauben wir, daß diese Ueberschätzung **dolose** geschehen seyn müsse. [2])

---

1) Thibaut, §. 636. Gegen den Thäter kann man sich wegen Beschädigungen der act. leg. Aq. bedienen. Ueberhaupt vergl. Unterholzner l. c. II. Bd. S. 789 ff.

2) A. M. Unterholzner a. a. O. S. 747. II. Bd.

§. 68.

II. Handlungen von Personen, für die man einzustehen hat, als Grund der Verpflichtung zum Schadensersatz.

Allgemeine Regel ist, aus den Handlungen dritter Personen entsteht keine Verbindlichkeit. fr. 44. fr. 155. pr. D. de R. J. Ein Satz, den wir in seiner nähern Beziehung auf unsere Lehre Oben in der allgemeinen Uebersicht der Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz bereits näher betrachtet haben.

Eine Ausnahme von dieser Regel kann eintreten einmal, bei erlaubten Handlungen dritter Personen, für die wir zu stehen haben; ein Hauptfall der Art ist die negotiorum gestio, er gehört aber ebenso, wie die Erörterurg der Frage, ob Jemand auch für unerlaubte Handlungen der Personen einzustehen hat, die er zur Betreibung seiner Geschäfte aufgestellt hat, in das Obligationenrecht. In wie fern die Verwandtschaft, oder Sklavenverhältnisse und Konkurrenz der Beschädigungen hier in Betracht kommen, haben wir ebenfalls Oben §. 16 u. §. 17 erörtert; die Ausführung des Falles, daß die Schiffer, Gastwirthe, Stallvermiether für die Beschädigungen durch ihre Leute haften, gehört in die zweite Abtheilung zu den Entstehungsgründen des Rechts auf Schadensersatz, bei Gelegenheit von Kontraktsverhältnissen.

§. 69.

Kapitel III.

Verbindlichkeit zum Schadensersatz wegen Eigenthum der beschädigenden Sache.*)

Entsteht ein Schade nicht durch unerlaubte Handlungen, oder ist die Vergütung desselben nicht besonders durch ein pactum übernommen, so findet man gewöhnlich keinen Grund, der noch ein Recht auf Schadensersatz geben könnte. Und wenn man sieht, daß die Römer auch den Eigenthümer einer beschädigenden Sache zum Schadensersatze verpflichten, so erklärt man dies aus einem ganz eignen Gesichtspunkt, von dem sie hier die Beschädigungen betrachtet haben sollen, und nimmt an, daß sie sich in dieser Beziehung den Eigen-

*) Mühlenbruch, Pandektenrecht. 3te Aufl. II. Bd. §. 452.

thümer so mit seinem Eigenthume verschmolzen dachten, daß derselbe immer auch für die Wirkungen des letzteren stehen, und so wie dessen Vortheile, so auch dessen Nachtheile haben sölle. Darum brauche auch der dominus nur so weit zu ersetzen, als sein beschädigendes Eigenthum reichte. — Unter lebenden beschädigenden Sachen tritt der Thierschaden und der Schade, den ein fremder Sklave stiftete, hervor, unter den leblosen der Schade von Gebäuden, deren Einsturz einem Andern Schaden verursachte. Die leitende Ansicht der Römer glaubte Faber*) gefunden zu haben, wenn er als die ratio der actio ex pauperie angiebt: »habet tamen haec actio manifestam rationem, quia neque me pauperiorem fieri aequum est, neque tuum conditionem fieri deteriorem, quam quanti quadrupes ipsa est, quae generalis ratio fuit omnium actionum noxalium.« Allein nur geringes Nachdenken wird Uns überzeugen, daß dies nur Konsequenzen aus einem vorher nicht aufgestellten Prinzipe sind, der Folgesatz ohne Prämisse. Diese Prämisse, die ratio, das Prinzip dieser ganzen Lehre, glauben wir nun in folgender Betrachtung zu finden:

Das Verfügungs — Einwirkungsrecht des Menschen auf die Sache ist offenbar ein absolutes, ganz uneingeschränktes, so lange nicht das Eigenthum des Dritten dies Recht beschränkt; und diese Beschränkung kann nur der Art seyn, daß er nicht aus derselben Erwerbsquelle mehr das Eigenthum an der Sache erwerben **kann. Wir kommen nun in ein Rechtsverhältniß zur Sache einmal durch uns selbst — zum andern durch die Sache, letzteres ist der Fall, wenn sie uns lädirt, und in diesem Falle tritt das absolute Verfügungsrecht wieder hervor, ist stärker als das Eigenthum des Andern, wir halten Uns an die lädirende Sache, sobald durch den casus (das lädirende Moment der Sache) die Sache zu Uns in ein Rechtsverhältniß tritt, und lädiren den dominus nicht, wenn er Uns die Sache lassen muß, es heißt von ihm dann casum sentit. Dies scheint Uns das Prinzip zu seyn, das die Römer leitete; das Andre die Folgen daraus. Wir könnten daher diese ganze Lehre unter die Lehre vom casus subsumiren, weisen ihr aber, ihrer Eigenthümlichkeit wegen, hier eine eigne Stelle an.**

---

*) l. 9. tit. 61.

§. 70.

Von der *pauperies*. [1])

Daß pauperies bei den Juristen die ganz eigne Bedeutung des durch ein Thier, und zwar ursprünglich ein vierfüßiges, auf eine seiner Art ungewöhnliche Weise verursachten Schaden hat, da es außerdem so viel als Armuth bedeutet, ist bekannt. [2]) **Pauperies** ist ein **damnum sine injuria domini factum. pr. Inst. si quadr. paup. fec. (4, 9.) fr. 1. pr §. 3. D si quadr. paup. fec. d. (9, 1).** Damit eine pauperies vorhanden ist, und aus diesem Grunde Ersatz gefordert werden kann, ist erforderlich:

a) Es muß ein zahmes Thier den Schaden gestiftet haben. Der durch wilde Thiere (bestias) entstandene Schade wird gar nicht beachtet, woferne der dominus sich nicht ein Versehen zu Schulden kommen läßt. **fr. 1. §. 8. si quadr. paup. f. d. (9, 1.)** Ist dies letztere der Fall, so kann vorzüglich aus dem ädilitischen Edikt, welches verbietet, ein reißendes Thier an einem Ort zu halten, welcher begangen wird, selbst auf doppelten Ersatz geklagt werden. **§. 1. Inst. si quadr. paup fec. dic. (4, 9.).** [3]) Außerdem kann natürlich überhaupt auch bei zahmen Thieren, wenn der **dominus**, oder sonst Jemand Schuld hat, gegen diesen die **actio ex L. Aquilia** angestellt werden, [4]) und dann auch von keinem eigentlichen Thierschaden die Rede seyn. **fr. 1. §. 4. u. 6. D. h. t.**

b) Das zahme Thier muß **contra naturam** geschadet haben, d. h. durch ungewöhnliche Wildheit oder **lascivia**, Muthwillen. Ein **secundum naturam** angerichteter Schade wird gar nicht ersetzt. Das erstere ist klar **fr. 1. §. 5. h. t. Proem. Inst. eod. loco.** Streitig ist, wie Oben (§. 7.) schon bemerkt, das Letztere. Die gewöhnliche

1) A. Diedemann: biga observat. ad doctr. jur. civ. de damno et pauperie pertinent. Lips. 1804.

2) Vergl. Höpfner §. 1168. Festus soc. Pauperies mit Horat. Carm. I. Od. 1. v. 18. indocilis pauperium pati.

3) Daß Paulus in l. I Sentent. tit. 15. dies Edikt dem Prätor zutheilt, darf nicht auffallen. Nam in edicto perpetuo, sagt Janin a Costa in Comment. ad Inst. (4, 19.) ad §. 1, ceteris edictis praetoriis Aedilitia quaedam edicta juncta fuerunt, ut non male, quod Aediltium est, Praetorium quoque dicatur.

4) fr. 1. §. 4, 5, 6. fr. 2. §. 1. h. t. (9. 1.) fr. 52. §. 2. ad L. Aq. (9, 2.)

Meinung geht dahin, daß auch der secundum naturam verursachte Schade prästirt würde, und zwar so, daß eine actio in factum gegen den Eigenthümer des Thieres gestattet wurde, während im letztern Falle die actio de pastu oder eine actio utilis de pauperie einträte. Daß diese Ansicht ihrem ersten Theile nach falsch sey, in wie weit nämlich das Thier nicht in fundo alieno schadet, hat Thibaut in seinen Versuchen (II. Bd., Abh. 8) bis zur Evidenz bewiesen.*) Wir glauben aber auch den letzten Satz der gemeinen Meinung läugnen zu müssen; denn 1) findet die actio de pastu nur Statt, wenn die Beschädigung eigentlich durch den Herrn veranlaßt ist; 2) die actio de pauperie utilis steht nach klaren Gesetzen nur in so weit zu, als ein anderes Thier als ein vierfüßiges den Schaden stiftete, da die Worte des Gesetzes nur auf vierfüßige Thiere gehen, und sich nirgend ein Gesetz findet, welches in dem Falle, daß ein Thier in fundo alieno anders als durch Weiden secundum naturam schadet, eine actio utilis de pauperie gestattet, so hat man wohl ganz ohne Recht jene Verordnung ausgedehnt. fr. 4. h. t.

c) Es muß ein damnum sine culpa datum seyn, da sonst ein freier kulposer Schaden entstehen würde. Denn ist der laesus selbst in culpa, so kann er gar nicht klagen, ist es ein Dritter, oder der Eigenthümer, so sind diese mit der act. L. Aq. zu belangen. fr. 1. §. 25. fr. 2. §. 2. fr. 4. si quadr. paup. (9, 1.) fr. 1. §. 46. eod. proem. Inst eod. (4, 9.) fr. 1. §. 4. fr. 7. §. 6, 8 u. 11. eod. (Siehe auch Oben.)

Der Ersatz kann aber nur von dem gefordert werden, dem das Thier zur Zeit der Klage gehört, von dem jetzigen Eigenthümer, noxa caput sequitur. fr. 1. §. 12. D. h. t. (9, 1.) fr. 1. §. 17. si quadr. paup., außer es hat sich Jemand für den Herrn desselben ausgegeben, oder das Thier dolose aus seinem Besitz entfernt. fr. 7, 8. de interrog. (11, 1.) fr. 1. § 15. si quadr. paup. fr. 26. §. 1. fr. 39. proem. de noxal. act. (9, 4.); denn die Klage ist in rem scripta. Durch Ueberlassung des beschädigenden Viehes fällt das Recht auf weiteren Ersatz des Schadens weg. fr.

*) Vergl. Weber von der natürlichen Verbindlichkeit, §. 71. No. 21. Vergl. Zimmern, System der röm. Noralklagen, §. 24. ff. Gesterding, in der Zeitschrift für Civilrecht u. Proceß, IV. Abh. IX. No. I. S. 281 ff. Mühlenbruch, Pandektenrecht, 3te Aufl. II. Bd. §. 452.

1. §. 14. si quadr. paup. f. proem. Inst. eod. fr. 1. proem. de noxal act. Doch ist hier eigentlich keine alternative Verbindlichkeit, denn die Verbindlichkeit geht principaliter auf Schadensersatz. Darum sagen die Römer, diese noxae datio sey nicht in obligatione, sondern in praestatione. fr. 6. D. de re judicata. (42, 1.) Uebrigens verliert der Besitzer das Recht der noxae datio durch bösliches Läugnen, daß er das Thier besitze. fr. 1. §. 15 D. h t. (9, 1.)

Sollte das Thier mehrere Eigenthümer haben, so haften diese in solidum, so daß Einer auf das Ganze belangt werden kann. fr. 1 §. 14. D. h. t. (9, 1.) Gleichgültig ist, auf welche Weise der jetzige Besitzer das Eigenthum erworben hat: selbst derjenige, welcher das Thier nur durch eine noxae datio erhielt, kann mit der actio de pauperie belangt werden. fr. 1. fr. 2. pr. D. si ex noxali causa (2, 9.). Die Klage gebührt Jedem, der einen Schaden durch das Thier erlitt. fr. 2. pr. D. h. t. (9, 1.). Klagen Mehrere zugleich, so tritt die Regel ein: occupantis melior conditio est, d. h. wer zuerst das Urtheil ausgewirkt hat; die Andern sind abzuweisen. arg. fr. 14. pr. D. de noxal. act. (9, 4.)

Nicht angestellt kann die Klage werden, wenn der laesus Eigenthümer des Thieres wurde; der confusion wegen. arg. fr. 2. f. D. si ex noxali caus. (2, 9.), und wenn das Thier vor erhobenem Processe stirbt oder die Freiheit erlangt. fr. 1. §. 10. 13. D. h. t. (9, 1.) Stirbt das Thier oder wird frei nach erhobenem Proceß, so ist der Eigenthümer simpliciter zum Schadensersatz verbunden. Eine Verjährungszeit der Klage ist nicht festgesetzt. fr. 1. §. 17. D. h. t. Der Anspruch geht auf die Erben über, aber nicht gegen sie, außer sie mußten als Eigenthümer haften. fr. 1. §. 17. D. ibid. *)

Actio de pastu.

Gegen den, der absichtlich, dolo malo, das Vieh auf fremden Grund und Boden zum Abweiden, Abfressen hintreibt, hat man die actio de pastu auf Ersatz, und wenn er auf eigenem Grund die herübergefallene Frucht vorsätzlich abweiden läßt, zu gleichem Zwecke

---

*) Thibaut, Versuche. II. Thl. No. 8. Zimmern a. a. O. §. 31—34. v. Wening Ingenheim, Civilrecht, §. 344.

die actio in factum L. Aq. fr. 14 §. 3. de praescr. verb. (19, 5.) Bei diesen Klagen kommt keine noxae datio vor, und ist die actio de pastu nicht zulässig, wo das Thier ohne Zuthun des Herrn secundum naturam generis durch Abweiden und Wegfressen schadet. [1])

§. 71.

Von der *noxa*.

Der durch einen Sklaven gestiftete Schade, und zwar durch eine Handlung, wegen der er selbst als freier Mensch hätte belangt werden können, heißt noxa (noxia). Jedoch hat das Wort noxa zuweilen andere Bedeutung. fr. 14 proem. de noxal. act. (9, 4.) §. 1. Inst. si quadr. paup. f. d. (4, 9.) Auch hier kann das Recht auf Schadensersatz wegfallen durch Ueberlassen des Sklaven an den Beschädigten, §. 1. Inst. de off. jud. (4, 17.) Const. 2. Cod. de nox. act. (3, 41.), ebenfalls durch den Tod des Sklaven, §. 5 u. 6. Inst. de nox. act. (4, 8.), oder wenn derselbe sonst ohne Gefährde aus der Gewalt dessen entkommen ist, der ersetzen soll. fr. 21. §. 2 u. 3. fr. 22 §. 34 de noxal. act. (9, 4.).

Es fragt sich, ob da, wo mehrere Sklaven einen Schaden stifteten, der Herr gehalten sey, für Alle einzeln in solidum zu ersetzen. Die Frage geht darauf hinaus, ob das Ein factum sey oder nicht. — Wenn die familia ein furtum macht, ist es Ein factum, fr. 9. D. de jurisd. (2, 1.). Beim damnum injuria datum war es streitig. Gajus in fr. 32. D. ad L. Aq. Doch entschied man für die Meinung, daß es wie beim furtum seyn sollte. fr. 32. D. ad L. A. fr. 1. §. 2. si fam. furt. fec. (47, 6.). Entgegen steht fr. 9. D. de jurisd., und Gajus sich selbst widersprechend in fr. 34. de injur (47, 10.). Cujacius [2]) vereint sie dadurch, daß er sagt: beim damnum injuria datum und furtum hätte die Billigkeit es dahin gebracht, es für Ein factum zu erkennen, weil beide öfters vorkämen. Daher unterscheidet er — familia bei injuriis und in albo corrupto — mehrere facta und als solche behandelt. Beim furtum und damnum injuria datum wären

1) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 709 ff.

2) Tom. V. p. 31. lib. III. ad Paul. Edict. fr. 19. de jurisd. adde. Cujacius lib. 8. Observ. cap. 20. Vergl. Oben §. 17.

zwar mehrere facta, würden aber nur als Eines behandelt. Merilius setzt hinzu: beim alb. corrupt. wäre der große Verlust des Herrn nicht zu befürchten, da derselbe die Sklaven ad verberare ediren und somit sich vom Ersatze befreien könne, fr. 7. §. 3. de jurisdict. (2, 1.), da sie nach vollzogner Züchtigung zurückgegeben werden. fr. 10. fr. 28. §. 4. D. de poenis. (48, 19.) Was aber die Injurien betrifft, so sind diese immer größer, wenn Mehrere schimpfen, wo aber eine Sache entrissen wird, ein Schade geschieht, ist es gleich. Vergl. noch fr. 15. §. 2. D. quod vi aut clam (43, 24.). (Vergl. Oben §. 17.) Ist der Herr als mitschuldig zu betrachten, so kommt ihm diese Vergünstigung und die der noxae datio nicht zu Statten, und er gilt schon dann als mitschuldig, wenn er von dem rechtswidrigen Unternehmen der Sklaven gewußt und die ihm zu Gebot stehenden Mittel zur Verhinderung nicht angewandt hatte. fr. 1. §. 1. D. h. t.

Der Prätor giebt für den Fall, in dem ein durch Testament Freierklärter oder Gegenstand eines Vermächtnisses gewordener Sklave in der Zwischenzeit zwischen dem Tod des Erblassers und der Erbantretung an den zur Verlassenschaft gehörigen Stücken eine Entwendung oder Beschädigung verübt hat, eine Klage intra annum utilem auf das Doppelte des Ersatzes, jedoch nur, wenn mit keiner andern Klage Ersatz erlangt werden kann. fr. 1. pr. D. si is q. test. (47, 4.) fr. 1. §. 5, 6. D. ib. fr. 1. §. 14. D. ib. fr. 1. §. 2. D. ib. fr. 1. §. 16. D. ib., und nicht sonst schon Ersatz Statt fand. Diese Klage steht dem Erben wegen eigentlicher Erbschaftssachen und andrer z. B. verpfändeter, geliehener Sachen zu, an deren Nicht-abhandenkommen ihm rechtlich gelegen ist. fr. 1. §. 10—13. D. ib. *)

§. 72.

Wenn ein Gebäude durch seinen Einsturz oder Abfall dem Nachbar einen Schaden zufügt, so hat dieser stricto jure kein Recht zur Forderung des Schadensersatzes. Das einzige Rechtsmittel, das ihm zu Gebote steht, ist eine Retention der Trümmer, (fr. 6 u. 7. §. 2. de damn. inf. (39, 2.)), und daß er den Eigenthümer des be-

*) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 728. ff.

schädigenden Hauses durch ein Interdikt nöthigen kann, ihm entweder die Trümmer zu überlassen oder den Schaden zu ersetzen. fr. 6. fr. 7. §. 1, 2. fr. 9. pr. D. de damn. inf. (39, 2.) Um das Harte dieser Grundsätze abzuwenden, stellte das prätorische Edikt die Regel auf, daß bei einem baufälligen, Schaden drohenden Gebäude des Nachbarn der andre Nachbar von ihm eine Kaution fordern kann, daß er, wenn das Gebäude durch seinen Einsturz ihm Schaden zufüge, ihn ersetzen wolle, cautio de damno infecto; dies galt ursprünglich nur von Gebäuden, ward aber später auch auf andre Anlagen ausgedehnt. Der Begriff dieser cautio geht also dahin: „es ist eine Kaution, welche dem Nachbarn wegen des Schadens geleistet wird, den unsre Anlage ihm künftig zufügen wird." [1]) Demnach entsteht also nur dann ein Recht auf Schadensersatz, wenn

a) vorher wegen des damnum infectum Kaution geleistet wurde. fr. 18. §. 6. h. t. (39, 2.) fr. 28 und 37. eod. oder wenn

b) die Kaution zwar zur rechten Zeit nachgesucht, aber noch vor deren Auferlegung, oder der vollzognen Imission der Schaden erfolgt ist. fr. 4. §. 2. u. §. 8. fr. 16. fr. 44. proem. eod.

c) endlich wenn ein rechtsgültiges Hinderniß abhielt, die Kaution nachzusuchen. fr. 8 u. 9. proem. h. t.

Der Zweck der novi operis nunciatio ist entweder die Erhaltung eines Rechtes, oder die Abwendung eines Schadens, oder die Schützung des öffentlichen Rechtes. fr. 1. §. 16, 17, 18. D. h. t. (39, 1.). [2])

---

1) Das Nähere dieser Kaution Thibaut §. 731. ff. Vergl. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 714.

2) Thibaut, System §. 720. ff.

§. 73.

Zweite Abtheilung.

Entstehungsgründe des Rechtes auf Schadensersatz bei Kontraktsverhältnissen des Beschädigers mit dem Beschädigten.

Uebersicht.

Schadensersatz kann bei Obligationen auf doppelte Weise vorkommen, entweder:

a) als Nebenverbindlichkeit einer anderen **obligatio**, und zwar kann er hier wegen nicht gehöriger Erfüllung eintreten und muß neben der Hauptobligation geleistet werden, oder er kann wegen gänzlicher Nichterfüllung eintreten, und zwar an die Stelle des Hauptobjekts hier. Dieser Schadensersatz besteht theils in dem Werthe des Hauptobjekts selbst, theils in dem Interesse, oder

b) er kömmt als Hauptobjekt der Obligation in Betracht.

Die nothwendige Bedingung ist immer, daß der Gegner sich in **culpa** befinde, und zwar in einer prästablen. **fr. 45. D. de contrah. emt. (18, 1.) fr. 13. pr. D. de A. E. V. (19, 1.) fr. 15. §. 7, 8. loc. cond. (19, 2.).** Bei Anwendung dieser Regel muß natürlich **mora** immer und Unwissenheit [1]) in manchen Fällen zur **culpa** gerechnet werden. Es ist zur Begründung des Schadensersatzes keineswegs nothwendig, daß die Erfüllung völlig unthunlich sey, sondern hinreichend, wenn sich der Gegner nur **in mora** befindet. [2]) Darum ist hier auch die Lehre der **culpa**, die wir schon in voriger Abtheilung betrachteten wieder aufzunehmen und ihr die von der **mora** beizufügen. Endlich haben wir auch noch das **periculum** bei Obligationen und die Impensen zu betrachten.

---

1) Vergl. Walett, Abhandl. S. 183 — 218.

2) Von der **condictio triticiaria** Unten bei der Lehre vom Interesse.

§. 74.

Kapitel I.

Schadensersatz als Nebenverbindlichkeit einer andern Obligation wegen *culpa* und *mora*.

A. Von der *culpa*.

a) Nach natürlichen Principien.

Indem wir darauf verweisen, was wir Oben von der **culpa** außer Kontraktsverhältnissen schon im Allgemeinen gesagt haben, greifen wir hier bei der negativen **culpa** die Darstellung wieder auf. Wir sagten Oben schon (§. 48.), die negative **culpa** verpflichtet nur da, wo eine Verbindlichkeit zum Handeln vorausging, nur in Kontraktsverhältuissen, (in der weitesten Bedeutung), und zwar bis zu dem Punkte, wo äußere Umstände von der Art sind, daß eine ganz ungewöhnliche Besonnenheit erfordert worden wäre, um Schaden zu verhüten.

Das Erstere giebt den Rechtsgrund dieser Verpflichtung, das Letztere aber die Grenzen derselben an. Gewiß ist es nämlich, daß man nicht rechtlich von einem Andern fordern könne, er solle seine Aufmerksamkeit darauf richten, daß nicht äußere Umstände, zu welchen er keinen Anstoß gab, oder dritte Personen Uns schaden zufügen, wenn er nicht besonders zu diesem Fleiße verpflichtet ist. Gewiß ist es aber auch, daß alle Vertragsverhältnisse von der Art sind, daß diese Verpflichtung schon aus ihrer allgemeinen Natur hervorgeht. In jedem Kontraktsverhältnisse erscheinen die beiden Kontrahenten rücksichtlich des Objekts ihres Kontrakts gegen Alle außer Ihnen in einer ganz eignen Verbindung, deren Aufrechthaltung von Jedem derselben fordert, daß er nach Möglichkeit alle von äußeren Umständen oder dritten Personen herrührenden Beschädigungen abzuhalten suche, und wo er sie nicht abgehalten hat, als die nächste Ursache Ersatz leiste, da er sie durch seinen Fleiß hätte abwenden können. Was außer Kontraktsverhältnissen blos eine Pflicht der Billigkeit und der Moral (natürliche Verbindlichkeit) gewesen seyn könnte, von seinem Nächsten jede Beschädigung zu entfernen, an der man selbst keine Schuld trug, das wird in Kontraktsverhältnissen rechtliche Verbindlichkeit. Doch muß diese Anstrengung der Aufmerksamkeit nicht bis

in das Unendliche gefordert werden. Es wäre gegen alle Vernunft, das der Unachtsamkeit anzurechnen, was die Wirkung äußerer Umstände ist, welche auch die angestrengte Besonnenheit unnütz gemacht haben, und darum ist zur Grenze festgesetzt, daß nicht zur Abwendung des Schadens eine ganz ungewöhnliche Achtsamkeit erforderlich wär.

Wie schon Oben bemerkt, ist unter negativer **culpa** auch die Vernachlässigung der **custodia** verstanden, als einer besonderen Aufmerksamkeit zur Abwendung schädlicher Handlungen Dritter, vorzüglich bei Besitzstörungen.

§. 75.

b) Nach römischen Gesetzen.

Die ganze Oben §. 54 ausgesprochene Ansicht ändert sich, sobald Kontraktsverhältnisse dazwischen treten. *) Jetzt erhält der Kontrahent nach dem besondern Kontrakte bald ein weiteres, bald ein beschränkteres Recht, sich mit dem Gegenstande des Kontraktes in Verbindung zu setzen, zu befassen. **Jure suo utitur** — und soll er auch in diesem Falle für eine Beschädigung verbindlich werden, so muß es das Gesetz eigens bestimmen. Es erhebt sich ein ganz neuer Gesichtspunkt, und es ist nothwendig, daß das Gesetz über die positiven Verletzungen etwas Genaueres festsetze Könnte es denn nicht schon genügen, daß der Kontrahent sich seines Rechtes **bona fide** bediente und so handelte, wie in seinen Sachen? Hätte ohnedem Jemand, mit dem wir in keinem Kontraktsverhältnisse standen, unsere Maulthiere wie immer beladen, so haftet er für jeden Schaden, so wie der, welcher unsere Sklaven schlug. Wird das auch geradezu der Fall seyn können, sobald er ein Recht hatte, unsere Maulthiere zu beladen, den Sklaven zu züchtigen? Ganz anders ist es, wenn der Kontrahent gegen die Natur des Kontraktes über die Grenze seines Rechtes hinaus etwas unternahm. Da kehrt die allgemeine Verbindlichkeit zurück, er hat **non jure** gehandelt — es entsteht ein **damnum injuria datum** mit all seinen Folgen. Diese Ansicht ist gewiß vernunftgemäß und stützt sich auf positive Gesetze. **fr. 27. §. 29. ad L. A.** Hat der Künstler eine Materie zur Be-

*) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. §. 133. S. 270. ff.

arbeitung erhalten, die Risse hatte (vitiosas rimas), so wird er nicht verbindlich gemacht, wenn das Gefäß während der Arbeit zerspringt. Würde aber diese Ausnahme auch wohl Statt finden, wofern ohne dies Kontraktsverhältniß sich Jemand an die Arbeit gemacht hätte? fr. 30. §. 2. Locati (19, 2.). Wenn die Maulthiere mehr beladen worden, als es nach dem Kontrakte erlaubt war, so kann auch die actio L. Aq. eintreten. Offenbar also nicht, wenn sie so beladen waren, wie es bedungen war, obgleich dann ein Schaden entsteht. Natürlich, in diesem Falle hatte der Kontrahent jure gehandelt, es ist also kein damnum injuria datum vorhanden. fr. 54. §. 1 und 2. de adquir. rer. dom. (41, 1.). Nach dieser Stelle muß ein bedeutenderes Versehen vorhanden seyn, damit bei einem freien Menschen, der Uns bona fide dient, die actio L. Aq. begründet werde, als bei einem extraneus; und doch läßt sich kein anderer Grund dabei denken, als der, daß der nobis bona fide serviens sich seines Rechtes unsere Sachen zu behandeln bediente, während der Andre kein solches Recht hat.*) Darum muß der Erste milder beurtheilt werden, der Andre so streng, wie er es nach seiner offenbaren injuria verdient. fr. 5. §. 3. ad L. Aq. fr. 13. §. 4. Locati (19, 2.). Diese Stellen entbehren jeder richtigen Deutung, wenn man nicht bedenkt, daß das Kontraktsverhältniß den Standpunkt ändert. Denn wie ganz anders müßte geurtheilt werden, wenn ohne ein bestehendes Obligationsverhältniß diese schädlichen Handlungen unternommen worden wären! Daß Julian, ohngeachtet er im fr. 5. §. 3. ad L. Aquil. zweifelt, doch entschied, daß auch die actio ex locat. angestellt werden könne, beweiset fr. 13. §. 4. locat., und der Zusatz: quia levis — etc. muß also als Grund seiner Entscheidung angesehen werden.

§. 76.

In Kontraktsverhältnissen muß also in Bezug auf das Oben §. 55. a. E. Gesagte unterschieden werden, ob der Kontrahent innerhalb den Grenzen seiner nach dem Kontrakte erlaubten Thätigkeit

---

*) v. Löhr, Beiträge S. 76; gleichviel ist es, ob man tam oder tamen liest. Schömann, Thl. 2. S. 233. Suarez de Mendoza lib. 3. cap. 6. no. 2. in Meermann t. II. p. 152.

geblieben, oder dieselbe überschritten habe. Im letzteren Falle geht die act. L. Aq. unbedingt und ohne Unterschied eines Gradverhältnisses gegen ihn, und nur in soweit haben diejenigen Recht, welche behaupten, es käme auf keinen Grad der culpa an. Alles beruht nur darauf, daß er non jure gehandelt hat. Daher wird z. B. der Depositar, so ferne ihm nach der Natur seines Kontraktes blos die Bewahrung und keine weitere Befassung mit der Sache zusteht, ex L. Aq. belangt werden können, woferne er sich gegen sein Recht an die Sache machte, vielleicht etwas versuchte, sie benützen wollte und Schaden stiftete. Dann wird natürlich eben so wenig ein Grad der Schuld berücksichtigt, wie außer dem Obligationsverhältniß. Hat aber der Kontrahent innerhalb der Grenzen seines Kontraktes gehandelt, so kommt es auf die Verbindlichkeit an, die ihm das Gesetz auferlegt, und dann wird auch nur in dem Maße gegen ihn mit der a. L. Aq. verfahren werden können, als er nach der Natur des Kontrakts seine Aufmerksamkeit zu spannen verbunden war. *)

§. 77.

Aus dem Obigen (§. 48—54) wissen wir nun, daß die culpa im engern Sinne, dem dolus gegenüber, sich überhaupt in zwei Zweige theile, durchgreifend durch alle Verhältnisse; es ist jetzt also zu untersuchen, welche und wie viele Grade das römische Recht annimmt, wie sich die dadurch entstehenden Bedeutungen unterscheiden, — wir müssen die Begriffe von culpa levis und lata und diligentia und custodia entwickeln. Daß aber jenes Gradverhältniß der positiven culpa natürlich nur auf Kontrakte zu beziehen ist, bedarf keiner weitern Erklärung. Und somit betrachten wir auch hier nur die culpa in Kontrakten.

Der Begriff, welcher da durchgehends zu Grunde liegt, ist der eines ordentlichen (guten und fleißigen) paterfamilias; ein Bild, das gewiß der einfachsten und geradesten Betrachtung am leichtesten sich darbietet und daher am nächsten liegt, um als Maßstab eines Faktum der Aufmerksamkeit zu dienen, das in seinem Kreise vorgeht. Daß dieses so sey, bedarf wahrhaft keines weitern Beweises; bei-

---

*) Vergleiche darüber Averan. interpr. lib. 3. cap. 15. (tom. 2, p. 257.) Glück, Erläutr. 2. B. tit. 13. §. 284. (Thl. 4. S. 236 ff.)

nahe in den meisten Stellen, in welchen von **culpa** oder **diligentia** die Rede ist, kehrt jenes Bild wieder zurück. [1]) Darauf, glauben wir, beruht auch das ganze Gradverhältniß, so wie es sich am natürlichsten daraus entwickeln läßt, daran soll sich die ganze Vorstellung desselben halten. Und beziehen gleich die übriggeblicbnen Fragmente jenen Grundbegriff des ordentlichen Hausvaters mehr allein auf die **culpa in non faciendo**, — dennoch scheint die Idee allgemein aller **culpa**, auch der **in faciendo** zu unterliegen, und Ein Geist das Ganze zu durchdringen.

Höchst einfach unterscheidet man den Grundbegriff dahin, daß man einmal den **pater familias**, als Individuum, wie er mit seinen Geschäften, mit seinen Sachen umgeht, betrachtet, und zum Andern so, wie derselbe im Allgemeinen nach seiner Wesenheit handelt — also das Individuum handeln soll. Darum trennt sich das eine Bild, welches die Gesetze dem Richter als Maßstab vorlegen, in zwei untergeordnete Bilder. Dort tritt der *bonus*, hier der *diligens* **pater familias** hervor. Es wird sich nach der schlichtesten Denkweise die **culpa lata** von der **culpa levis** — eine niedere Aufmerksamkeit von der höhern trennen und zwar nach den beiden Zweigen, der **culpa — in omittendo** und **committendo**. Durch die nun folgende Erörterung der **culpa lata**, der **culpa levis** und der **diligentia** mag sich das am Besten beweisen. Eine Stelle aus Duaren nöthigt uns jedoch, eine kleine Wiederholung zu machen mit Rückblick auf den vorigen §. Aus der dortigen Erörterung dürfte es einleuchten, daß zu jeder Bestimmung, jedem Urtheil über **culpa** in einem Kontrakte erst genau das Verhältniß dieses Obligationsverbandes betrachtet werden müsse. Wozu war der Kontrahent berechtigt? Das ist die Frage. Geschah durch diese Handlung, obgleich er sie innerhalb der Grenzen seines Rechtes vornahm, eine Verletzung, so haftet er nicht dafür, wofern er sich in seiner Handlungsweise kein Versehen zu Schulden kommen ließ. [2]) Dahin geht die zweite Frage. Daß Jemand, der in keinem solchen Verbande

---

1) fr. 137. §. 2. de V. O. (45, 1.) fr. 54. D. de act. emti (19, 1.). fr. 10. D. de admin. et per. tut. (26, 7.) Wächtler, dissert. ad L. 5. §. 2. D. commod. et L. 23. D. de R. J. sive de grad. culpae in contract. cap. 1. §. 5.

2) Diesem entspricht fr. 10. proem. D. Commod. (13, 6.) vollkommen.

steht, immer haftet, weil er nämlich die Handlung selbst **non jure** vornahm, wissen wir. Jetzt wird nach dem Gesetze, das den Grad des Versehens nach den verschiedenen Kontrakten festsetzte, nach den Umständen aber ferner zu beurtheilen seyn, ob das Versehen unter jenen oder diesen Grad zu rechnen sey. Und in so ferne sagt **Duaren ad fr. 9. D. solut. matrim. (24, 3.) pag. 356.** sehr richtig: **Hi autem culpae gradus docendi causa sic a nobis distinguuntur, cum tamen certissimum sit, nulla certa juris definitione eos comprehendi posse, sed judicis arbitrio relinquendos esse potius, qui pro re nata gravitatem et magnitudinem culpae ex circumstantiis existimabit. Circa hanc culpae divisionem argutantur scholastici doctores, conanturque omnia haec culpae genera exacte definire, verum inanis est et inutilis hic labor.** [1])

§. 78.

Zuerst von der *culpa lata*. — Schon das Gattungswort **culpa**, welches hier gebraucht ist, führt darauf, daß die allgemeine Bedeutung des Worts auch da nicht fehlen kann, und der Charakter der **culpa** im Gegensatze zum **dolus** muß auch der **culpa lata** zum Grunde liegen. Eben darum ist es zum wenigsten schon logisch unrichtig, die **culpa lata** auf die durch Unterlassen schädlich gewordnen Handlungen zu beschränken. Nachdem der böse Vorsatz die Natur des **dolus** bestimmt, kann auch nur da, wo ein solcher Vorsatz eintritt, an **dolus** gedacht werden, und die Handlungsweise nichts ändern. [2]) Die Gesetze entsprechen unsrer Ansicht. **fr. 31. ad L. Aq.** vergl. mit **fr. 7. ad L. Corn. de Sicar. (48, 8.)** [3]) Was das erste Fragment **culpa** nennt, wenn der Beschneider der Bäume den

---

1) **Connani opera, lib. VIII, cap. 4. Haec autem certis doctrinae praeceptis tradere, et tanquam cujusque culpae magnitudinem metiri difficile est, sed judicis sunt ingenio et prudentiae relinquendo. Rittershus, ad l. contr. cap. 5. Corrasius lib. IV. Miscel. jur. cap. 1. Jacob. Menoch de arb. judic. quaest. l. 2. cap. 80.**

2) Andrer Meinung ist v. Löhr, Beiträge No. II, No. III. S. 55., und zwar, daß **dolus** mit der Wissenschaft des schädlichen Erfolgs vorgenommene Handlungen, **culpa lata** aber Unterlassungen bezeichnet, mit welchen dieses Wissen verbunden ist.

3) **Donellus comment. XVI. cap. 8.** Thibaut, §. 164. Schömann, Thl. 2. S. 3 — 10.

Ast herunter wirft ohne zu rufen, nennt die andere Stelle culpa lata; gewiß ein klarer Beweis, daß der allgemeine Charakter der culpa auch der culpa lata zu Grunde liege, und jeder böse Vorsatz ausgeschlossen ist. Const. 7. Cod. arbitr. tutel. (5, 51.). Wie bestimmt sondert nicht diese Constitution die culpa lata von dem dolus und von der culpa levis! Wodurch soll sich die letztere auszeichnen, da dolus böser Vorsatz ist — und zwar in dieser Zusammenstellung mit der culpa levis. Muß ihr nicht ein von dolus ganz wesentlich verschiedener, mit der culpa levis aber qualitativ gleicher Charakter zukommen? Const. 20 Cod. de negot. gest. (2, 19.). Wie kann da das *sed et levem* culpam einen vernünftigen Sinn haben, wenn nicht der gleiche Charakter der culpa lata und levis überhaupt vorausgesetzt, sondern angenommen werden sollte, die culpa lata bezeichne die Unterlassung, da doch die culpa levis die positive Handlung andeutet? Es muß also einen ganz andern Grund haben, wenn unter culpa auch die omissio diligentiae quam in suis rebus zu verstehen ist, wovon nachher. Die gemeinsame Natur der culpa kann dadurch bei der culpa lata nicht aufgehoben werden. fr. 8. §. 10. D. mandat. vel contra (17, 1.). Das forte deutet darauf, daß der angeführte Fall nicht der einzige sey. Schlechterdings kann also nichts entscheiden, als der böse Vorsatz, und die Unachtsamkeit, Unbesonnenheit. fr. 7. pr. D. depos. vel contr. (16, 3.). Endlich berufen wir uns auf den bereits Oben geführten Beweis, daß es falsch sey, den dolus auf irgend eine positive Handlung zu beschränken, und so glauben wir dargethan zu haben, daß die culpa lata vom dolus sich so, wie die culpa überhaupt von demselben unterscheide, daß Unachtsamkeit überhaupt auch das Auszeichnende der culpa lata als culpa sey.

§. 79.

Es übrigt, das Besondere und Eigenthümliche hervorzuheben, was die culpa lata von der levis und der diligentia trennt. Zuerst aber noch Einiges über die Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus. Einige Stellen sagen nämlich, die culpa lata wäre dolus und scheinen so unsrer Meinung zu widersprechen. fr. 226. de Verb. S. fr. 32. depos. v. contr. (16, 3.). Doch geben darüber andre Stellen Aufschluß, welche sagen, die culpa lata werde

dem dolus gleichgestellt, gelte so viel als dolus, und zwar dahin, daß der Unterschied und die Eigenthümlichkeiten der culpa nicht verkannt, sondern sie nur ihrer Wirkung nach dem dolus gleichgestellt ist. fr. 1. §. 1. Si is qui test. (47, 4.). fr. 1. §. 1. si mens. fals. mod. (11, 6.) fr. 29. proem. mand. v. contr. (17, 1.) [1]) Daher ist auch sehr oft unter dolus, wo er als Gegensatz der culpa levis gebraucht wird, die culpa lata begriffen. fr. 23. de R. J. fr. 17. §. 2. D. de praescr. verb (19, 5.). fr. 5. §. 2. commod. (13, 6.) Der eigenthümliche Charakter der culpa in der culpa lata besteht nur darin, daß Jemand nicht so aufmerksam war, wie er es als ein bonus pater familias in seinen Sachen gewesen wäre. Unter diesen Begriff glauben wir alle Fälle vereinen zu können, in welchen von einer culpa lata gesprochen wird. Nach fr. 213. §. 2. fr. 223. pr. de V. S. versetzt das Nichtwissen allbekannter Sachen in culpa lata. [2]) Es gehört dazu nur die gewöhnliche Sorgfalt eines guten Hausvaters. Von einer besondern Anspannung der Aufmerksamkeit ist natürlich keine Rede, und darum scheint uns auch das Bild eines *boni* patris familias treffend im Gegensatze eines *diligentis* patris. Nach andern Stellen ist Jeder in culpa lata, welcher wissentlich schädlich handelt, so ferne nur das Geschehene nicht direkte gewollt (denn sonst wäre es dolus), also nicht eine böse Absicht erfüllt ward, z. B. wegen Mitleiden, Freundschaft rc. [3]) fr. 7. princ. depos. (16, 3.) fr. 32. eod. fr. 8. §. 10. mand. (17, 1.) fr. 7. ad L. Corn. de Sicar. (48, 8.) fr. 14. §. 2. de cust. (48, 3.) fr. 7. §. 7. D. de dolo malo (4, 3.) Recht natürlich möchte auch diese Art der culpa auf unsern Begriff passen. Mehr eines guten Hausvaters, wie er nur gewöhnlich obachtsam ist, scheint es zu seyn, dergleichen Handlungen

---

1) Donellus l. c. Del Rio l. c. cap. 1. J. H. Böhmer de imput. culp. propr. §. 3.

2) Donellus l. c. „altera latae culpae nota est, non intelligere, quod omnes homines intelligunt.“ Schömann, Thl. 1. S. 60. v. Löhr, dagegen Beiträge S. 53. Del Rio l. c. cap. 1. spricht: ita in lata culpa erat, qui vel omiserit, quod nullus sanae mentis erat omissurus, vel fecerit, quod nemo erat facturus.

3) Schömann, Thl. 2, 5, 6. Dagegen v. Löhr, in der Theorie, §. 6, 7. Thibaut, §. 161.

zu unterlassen, und es kann auch hier angewandt werden, was Celsus in fr. 32. depos. v. c. (16, 3.) von dem sagt, welcher auf andre Sachen weniger Sorgfalt verwendet als auf seine eignen — nec enim salva fide agere — so ferne nämlich nach dem Oben Gesagten die lata culpa dem dolus gleichgestellt wird. — Endlich ist jeder in culpa lata, welcher in fremden Sachen nachlässiger ist, als in seinen eignen. fr. 32. depos. (16, 3.) fr. 44. mandat. (17, 1.) fr. 22. §. 3. ad S. C. Trebell. (36, 1.) Const. 7. Cod. arbitr. tutel. (5, 51.) mit fr. 1. proem. de contrar. tutel. (27, 3.) Es liegt in diesem Falle die Schuld im Unterlassen — eine culpa in non faciendo —, und gerade von diesem Falle brauchen die Gesetze den Ausdruck: uti bonus pater familias im Gegensatze von dem diligens pater in suis rebus. fr. 32. D. de condit. et demonstr. (35, 1.) mit fr. 22. §. 1. de manum. testam. (40, 4.) fr. 10. de admin. et peric (26, 7.) mit fr. 33. pr. eodem.

Worin liegt nun das Gemeinsame, welche auch diese Handlungsweise zur culpa lata eignet? Es scheint das Gesetz hier selbst deutlich genug zu sprechen: — weil die Aufmerksamkeit eines guten Hausvaters, wie er sie in seinen Sachen übt, nicht beobachtet ist. Ebendaraus glauben wir auch überhaupt unsern Begriff der culpa abstrahiren zu können, da alle übrigen Stellen, in welchen culpa lata vorkömmt, darnach vereinigt werden, was sonst nicht wohl möglich ist. Denn das muß man doch annehmen, daß alle culpa lata auf Einem Grunde beruhe, wenn man nicht in's Unbestimmte gerathen will. Es paßt dieser Begriff auch vorzüglich darum, weil die Gesetze immer mit der bona fides im Hintergrunde stehen, welche bona fides eben durch solche Handlungsweise verletzt wird, wenn man auch nicht mit bösem Vorsatz handelt; fr. 33. pr. de admin. et peric. (26, 7.) fr. 32. depos. (16, 3.), und indem er daher Alles umfaßt, was zur culpa lata gerechnet wird, rechtfertigt er sich durch und in sich selbst. Das Ungewisse oder Zweifelhafte fällt weg, welches sonst in der Wissenschaft oder dem Vorhersehen liegt, das den Charakter der culpa lata ausschließlich andeuten soll, und doch nicht überall denkbar ist, gar nicht anwendbar auf die Fälle, wo das Nichtwissen allbekannter Dinge eine culpa lata verursacht, und nicht immer, wo man nachlässiger handelt in andern Dingen,

als in den seinigen. Wie oft kann nicht das Letztre eintreten, ohne daß man nur an den daraus hervorgehenden Schaden denkt, sondern blos das Seinige in's Auge fassend, ausschließend dies behandelt, das Fremde ganz vergessend, obgleich man deßwegen nach keiner Gesetzesstelle von der culpa lata frei wäre.

Nach dieser Ansicht wird uns die weitere Eintheilung der culpa in culpa in abstracto und culpa in concreto überflüssig, da unter der letztern Nichts weiter verstanden ist, als die Unterlassung der Aufmerksamkeit, die man in eignen Sachen anwendet — wodurch immer eine culpa lata entsteht.*) Die Frage, ob denn auch der diligentissimus pater in culpa lata sey, sobald er nur in fremdem Geschäfte nachlässiger war, muß demnach unbedingt bejaht werden. Es wäre ja ganz gegen den Charakter eines *bonus* pater familias, sich in fremden Sachen Etwas zu Schulden kommen zu lassen, was er in eignen vermeidet, und schön sagt Del Rio l. c. c. 1. Homini diligentissimo non sua in rebus diligentia, sed potius ex negligentia in alienis praesumtus dolus nocet. Zugleich ist aber durch unsern Begriff eine Grenze der Nachlässigkeit bei der culpa omissionis diligentiae quam in suis rebus — festgesetzt. Schon Coccejus hat richtig bemerkt l. c. prop. 9. pag. 67. »si enim negligentissimus in suis rebus non potest negligentior esse in rebus alterius — nihil ergo insulsius est dictu, quam minorem diligentiam posse quam adhibere rebus alienis, *qui in suis plane nullam adhibet diligentiam.* Eine gewisse Aufmerksamkeit muß immer zum Grunde liegen und auch bei den Fällen gedacht werden, wo Jemand nicht mehr Sorgfalt anzuwenden braucht, als in seiner eignen Sache; und dies hängt mit dem Begriffe des guten Hausvaters zusammen. Er muß wenigstens den gewöhnlichen Fleiß, welchen er als solcher in seiner eignen Sache berücksichtigen soll, anwenden, sonst handelt er nicht als guter Hausvater.

---

*) S. Coccej. l. c. prop. 9. pag. 67. Gries, degeneribus et grad. culp. p. 9. v. Löhr, Theorie, S. 32. Note 1. Dagegen Glück, lib. 2. tit. 14. §. 322. Thl. 4, S. 335 ff. Thibaut, §. 163 u. 164. Hasse, S. 146. Vergl. Roßhirt, 2 Bemerkungen zur Lehre von der culpa. Zeitschrift für Civil- und Kriminalrecht. II. Bd. Heft 1. I. S. 49. ff Vgl. Seuffert, Erörterungen I. S 102. ff. Puchta, System S. 147. ff. Note. Schweppe. Handbuch I. §. 137., Mühlenbruch, Pand.-Recht II. §. 354. v. Vangerow §. 107. Anm.

§. 80.

Ueber der culpa lata steht als höherer und letzter Grad der Aufmerksamkeit die culpa levis in faciendo — culpa schlechthin und in non faciendo — diligentia, welche Bezeichnung nachher näher erklärt werden soll.

Der Grundbegriff, auf welchem alle Beurtheilung dieser culpa beruht, ist die Aufmerksamkeit eines durchaus fleißigen und vorsichtigen Hausvaters, und das sowohl im Thun, als im Unterlassen: dies hängt nicht nur genau mit der bisherigen Darstellung zusammen, sondern muß auch nothwendig angenommen werden, wenn man einen bestimmten Standpunkt erhalten will, um den Grad des Versehens zu bestimmen. So wie eine Unachtsamkeit zur culpa lata gehören kann, obgleich keine Wissenschaft vorhanden — der Schade nicht vorausgesehen war, eben so wenig kann es, und gerade deßwegen als Charakter der culpa levis angesehen werden, daß hier kein Vorhersehen eintrat. Ferner ist es keinem Zweifel unterworfen, daß bei der culpa levis in non faciendo — der diligentia — jener Begriff eines patris familias diligentis untergelegt ist, fr. 25. §. 16. famil. hercisc. (10, 2.) fr. 22. §. ult. fr. 65. pr. de usufr. et quemadm. (7, 1.) fr. 18. pr. commod. v. c. (13, 6.) Und wornach soll nun die culpa levis in faciendo anders beurtheilt werden? Es liegt sowohl der culpa levis in faciendo (culpa) als der in non faciendo das Gemeinsame unter, daß beide die Vernachlässigung eines höhern Grades von Aufmerksamkeit sind, und es muß also auch einen Maßstab geben, nach welchem diese Größe des Versehens gemeinschaftlich bestimmt werden kann. Die Verschiedenheit der Handlungsweise nach dem Thun und Unterlassen kann doch daran wahrlich nichts ändern; es sind ja nur verschiedne Richtungen desselben Grades der Aufmerksamkeit, deren allgemeine Natur nie außer Acht gelassen werden darf. Dahin läßt sich auch eine Stelle für uns erklären, welche den Begriff des diligentis patrisfamilias allgemein aufstellt. fr. 13. §. 1. fr. 14. pr. D. de pign. act. (13, 7.) Unter culpa kann hier nur die culpa levis überhaupt — also die in faciendo und non faciendo verstanden werden. Denn ihr ist die vis major entgegengesetzt, und dadurch angedeutet, daß also außer dieser daher auch der höchste Fleiß — culpa in non faciendo — diligentia — prästirt werde. Und darauf bezieht der

Jurist das **ea igitur — quae diligens pater familias etc.** In diesem Begriffe liegt zugleich wiederum eine bestimmte Grenze des Grades der Aufmerksamkeit. Es wird nämlich diese Sorgfalt oder Besonnenheit nur so weit gefordert werden können, als es nach den bewandten Umständen dem Menschen möglich war, der sie anwenden sollte. Denn sonst ginge der Anspruch auf Achtsamkeit in das Unendliche, und selbst der Zufall würde sich eindrängen und unter der Firma eines Versehens prästirt werden müssen. Wieder ein Punkt, wo auch die feinste allgemeine Bestimmung nicht hinreichen kann, und wo immer der Richter nach dem einzelnen Falle den Rechtszustand des Faktums beurtheilen muß. **fr. 137. §. 2. de V. O.***) Wir gehen zur Entwickelung der Begriffe **culpa** und **diligentia**, oder der **culpa levis in faciendo** und **non faciendo** über und suchen demnach darzuthun, daß Beides nur Ein Grad der **culpa** ist, (dem **dolus** entgegengesetzt) und zwar nach zwei Richtungen hin.

§. 81.

Die **culpa** hat überhaupt zwei Richtungen und theilt sich darnach in die **culpa in faciendo** und **non faciendo**, und dieser Unterschied muß besonders auch im Kontraktsverhältniß untersucht werden. Schon das bringt uns auf die Vermuthung, daß jene beiden Zweige besonders benannt und ausgezeichnet sind. Und da sich die Aufmerksamkeit am Leichtesten und Einfachsten nach der Oben angegebenen Betrachtung eines **patris familias** in erhöhtem oder gewöhnlichen Zustand denken läßt, so können wir schon im Voraus zum Wenigsten sehr natürlich finden, daß das römische Recht nicht mehr als zwei Grade annehme. Steht nun vollends zu erweisen, daß **diligentia** die **culpa in non faciendo**, und **culpa** schlechthin nach der engsten Bedeutung die **culpa levis in faciendo** bezeichne, **diligentia** also keinen Grad der **culpa** ausdrücke, so ist unsre Ansicht völlig gerettet. Denn völlig gleichgültig ist, ob es da in den Gesetzen heiße **culpa levis** oder **levissima** — was indessen nur einmal vorkömmt (**l. 44. ad L. Aq. (9, 2.)**), **diligens** oder **dili-**

---

*) Vergl. **fr. 11. fr. 8. §. 9. de negot. gest. (3, 5.) §. 1. Inst. 3, 28. Const. 20. Cod. de negot. gest. (2, 19.). Donellus, de V. O.**

gentissimus; was nach dem lateinischen Sprachgebrauche klar ist. [1]) Der Beweis unserer Ansicht in Hinsicht der diligentia aber beruht auf folgenden Sätzen:

1) Wir haben Oben dargethan, daß das Kontraktsverhältniß in der Beurtheilung der positiven culpa allerdings Etwas ändere, ja ändern müsse, daß die Gesetze daher nicht unterlassen können, darüber Etwas zu bestimmen. Wenn nun diligentia, culpa levis und culpa lata nur das Gradverhältniß ohne weitere Rücksicht, oder gar nur das Gradverhältniß der culpa in non faciendo bezeichnen, so fragen wir, wie und worin liegen die Verhältnisse der culpa in faciendo ausgedrückt? Eine Frage, die nach der früher gewöhnlichen Theorie gar nicht beantwortet werden kann! [2])

2) In allen Stellen wird zwischen dolus und casus nur Ein Mittelglied gestellt, welches daher die äußerste Grenze der Verschuldung seyn muß, und die dafür gebrauchten Ausdrücke können also nur verschiedene Gattungen, nicht Grade der culpa bezeichnen. [3]) Und dies läßt sich nicht nur von culpa und diligentia, sondern von allen für diese noch gebrauchten Ausdrücke zeigen; von culpa levis, culpa omnis, exacta und exactissima diligentia, diligentia, diligentis patris etc. [4]) Da nun aber darnach diligentia und culpa dem Grade nach nicht verschieden sind und doch in einigen Kontrakten gesagt wird, daß wohl die culpa, aber nicht die diligentia, oder daß die culpa und diligentia prästirt werde, so müssen beide Worte der Art nach unterschieden seyn, und weil wir nur zwei Arten der culpa erkennen können, die in faciendo und die in non faciendo, nach diesen zwei Arten sich trennen. [5]) Und das ist nun die dritte, engste und gewöhnlichste Bedeutung, welche das Wort culpa hier erhält. Da es erst im weitesten Sinne jede Widerrecht-

---

1) v. Löhr, Beiträge, S. 133. Donellus l. c. „de culpa levi et levissima, has in usu juris esse eadem etc.

2) v. Löhr, Beiträge, S. 60 — 117.

3) fr. 52, §. 2, 3 de tutelae et ration. (17, 3.) fr. 3. §. 5. de jure fisci. (49, 14.) §. 3. Inst. de L. Aq (4, 3.)

4) §. 1. Inst. de mandato. (3, 27.) fr. 1. §. 1. D. si mensor fals. (11, 6.) fr. 31. §. 11, 12. de aedil. ed (21, 1.)

5) fr. 72. pro socio. (17, 2.) fr. 25. §. 16. famil. hercisc. (10, 2.) fr. 54. de act. emti vend. (19, 1.) fr. 22. §. ult. de pignor. act. (13, 7.)

lichkeit umfaßte, also auch den dolus, dann das dem dolus gegenüberstehende Verfahren aus Unachtsamkeit ausdrückte — steht es endlich hier für das geringe positive Versehen — culpa levis in faciendo, denn der letztre Ausdruck ist nicht nur nicht sehr gewöhnlich, sondern geht nur zuweilen, was sehr natürlich ist nach unsrer Theorie, auf die culpa levis in non faciendo — diligentia [1]) Der culpa in diesem Sinne gegenüber steht also die diligentia gleichfalls als culpa levis — aber in non faciendo da. Wenigstens ist dies ihre gewöhnliche Bedeutung, die schon der gemeine Sprachgebrauch rechtfertigt. Immer liegt der diligentia ein positives Handeln zu Grunde, und das Wort ist gerade deßhalb besonders tauglich, der culpa entgegen die Schuld durch Unterlassen zu bezeichnen. So sagt Cornelius in vita Attici — et rei familiari tantum *operae* daret, quantum non *indiligens* deberet pater familias. Dahin weiset auch der Gebrauch des Wortes culpa als Gegensatz, wie dasselbe in der L. Aquil. vorkömmt, wo nur positive Handlungen damit bezeichnet werden. Endlich wird auch, was in einigen Stellen als culpa in non faciendo aufgeführt wird, in andern Stellen mit diligentia bezeichnet, und im Gegentheile die culpa in non faciendo mit culpa schlechtweg. [2]) Nur zuweilen bedeutet das Wort diligentia soviel als Aufmerksamkeit überhaupt, als der Gegensatz von culpa, welche nicht dolus ist. [3]) Sehr oft setzen die Römer auch statt diligentia negligentia, da es offenbar dasselbe ist, ob man sagt, diligentiam oder negligentiam prästiren, indem negligentia und diligentia die sich entgegenstehenden Begriffe sind. [4])

§. 82.

Die Stellen, welche gegen unsre Ansicht angeführt werden, lassen sich mit derselben vollkommen vereinen und daraus erklären. Hierher

---

1) fr. 22. §. 3. D. ad L C. Trebell. (36, 1.) mit fr. 25. §. 16. famil. hercisc. (10, 2.) fr. 16. §. 4, 5. fam. hercisc. (10, 2.) und fr. 54. §. 2. de manumission. (41, 1.)

2) Vergl. fr. 16. §. 4. fr. 25. §. 16. D. famil. hercisc. (10, 2.) fr. 32. §. 3. ad S. C. Trebell. (36, 1.)

3) fr. 68. de contrah. emt. (18, 1.) fr. 72. pro Socio (17, 2.).

4) fr. 1. §. 5. de Obl. et A. fr. 4. de magistr. convent. (27, 8.) fr. 22. §. 3. ad S. C. Trebell. (36, 1.) fr. 6. de adm. rer. ad civ. (50, 8.)

gehört vor Allem das bekannte fr. 23. d. R. J. Man weis, wie viele Ausgaben quidem, wie viele aber auch in his quidam et diligentiam lesen. [1]) Diese letztre Leseart haben die Meisten angenommen. [2]) Aus dieser Stelle erklärt man sich gegen unsre Theorie auf folgende Weise. Acht Geschäfte sind es, von denen Einige — quidam — die diligentia recipiren, eigentlich also nur drei, höchstens vier, denn fünf ist mehr als Einige von Acht — und ist geneigt, gerade Widerspruch daraus anzunehmen. Scharfsinnig hat nun v. Löhr (Beiträge §. 142.) die Stelle dahin emendirt, daß er statt quidam: »quaedam« liest und dies dann auf negotia bezieht. Diese Veränderung ist nicht nur sehr gering, und rechtfertigt sich, wie er sagt, dadurch, daß in allen Manuscripten häufig e und i verwechselt wird, sondern stellt auch den Sinn des Gesetzes vollständig her, da nur bei einigen negotiis gestis, nämlich wo ein einzelnes Geschäft ohne Auftrag besorgt worden, nicht aber vom Kurator, gegen den auch die act. neg. gest. geht, oder vom Tutor als solchem die diligentia prästirt wird. [3]) Indeß scheint uns auch diese Umwandlung nicht nothwendig. Das ganze Fragment dürfte überhaupt nur eine Uebersicht seyn über das Verhältniß der in Kontrakten geschehenden Verletzungen, und die einzelnen Bestimmungen können unmöglich daraus eruirt werden. Immer muß doch erst durch eine weitre Erörterung klar werden, welche Kontrakte unter dem quidam gemeint sind, man möge diligentia denken, wie man wolle. Nachdem aber ferner tutelae und negotia gesta aufgeführt sind, und es von beiden mehrere Arten giebt, heißt es: In his quidam (contractus) et etc., da unter den Kontrakten auch alle jene mehreren Arten der Tutel und negotia gesta gemeint sind. So, wenn man quidam liest; will man aber das quidem beibehalten, dann muß man wenigstens auch mit den Basiliken, welche allerdings das quidem in Schutz nehmen (Lib. 2. tit. 3. Fabrot T. I. pag. 73), dili-

1) Vergleiche Hasse a. a. O. S. 295—302. Huschke, kritische Versuche über fr. 23. D. d. R. J. im Rhein. Museum. VII. No. 3.

2) Donellus l. c. Cujacius tractat. ad Afric. V. ad L. 108. §. 12. de legat. I. Del Rio cap. 15. hist. interpr. l. c. v. Löhr, Theorie, S. 138. Schömann, Thl. 1, S. 20, S. 100. Gensler, §. 1, §. 4. Hasse, Kap. VI. §. 65.

3) Vergl. §. 1. Inst. de mandato. (3, 27.) fr. 32. D. de negot. gest. (3, 5.) Const. 24. Cod. de usuris. (4, 32.)

gentia lesen und **praestatur** dabei verstehen. [1]) Auf jeden Fall läßt diese Lesart nur eine sehr gezwungene Erklärung zu, und nur damit könnte man sich helfen, daß man auf das **et** den Nachdruck der Erklärung legte, und so viel als „wohl auch, zuweilen" darunter verstünde. [2])

Aus **fr. 5. §. 2. D. Commod. et contra (13, 6.)** abstrahirt man, daß in Geschäften, aus welchen Jemand keinen Vortheil zieht, derselbe nur **dolus** und **culpa lata**, wenn er dagegen allen Vortheil erhielt, auch **culpam levissimam — diligentiam** prästiren müsse, **culpa levis** aber würde da angerechnet, wo beide Kontrahenten Vortheil zögen. Ohne uns hier auf die allgemeinen Regeln der Prästation der **culpa** einzulassen, nehmen wir doch für gewiß an, daß durch dies Fragment auf keinen Fall die Bedeutung des Worts **diligentia** gegeben ist, und daß man mit demselben Grunde die **culpa levis in non faciendo** darunter verstehen könne. [3]) Wenigstens ergäben sich auch nicht mehr Widersprüche, als nach der gemeinen Erklärung. Denn es unterliegt aus mehreren Fragmenten desselben Ulpian keinem Zweifel, daß unter den einigen Kontrakten, in denen nur **culpa levis** prästirt werden sollte, auch die **diligentia** prästirt werde. [4]) Warum aber das **commodatum** hier so besonders hervorgehoben ist, läßt sich aus gleichem Grunde erklären, als wie die Absonderung der **societas** und **communio** in **fr. 23. de R. J.** Die Bestimmung des Gradverhältnisses in diesen Geschäften war schwieriger als bei andern, theils wegen Aehnlichkeit mit andern Geschäften, theils weil wahrscheinlich wirkliche Kontroversen darüber vor-

---

1) **Raevardus ad leg. contr. de R. J. Coccejus l. c. Dissert. 1. prog. 3. pag. 63.**

2) Vergl. hier vorzüglich v. Vangerow Leitfaden §. 107. Anm. c. und Huschke im Rhein. Museum, Bd. VII. S. 74, der eine Transposition der Zeilen annimmt. Hasse, S. 296. ff.

3) Aus diesem Grunde beweist gegen uns eben so wenig **fr. 47. §. 5. D. 30. de legat. I.** Der Jurist fragt nur, ob da **culpa lata** oder **levis (in faciendo)** oder auch **diligentia (culpa levis in non faciendo)** prästirt werde. Vergl. Hasse a. a. O. §. 65. Vergl. v. Vangerow, §. 107, Anm. d.

4) **fr. 5. §. ult. D. commodati. v. c. (13, 6.) fr. 31. §. 11, §. 12. de aedilit. edict. (21, 1.) fr. 13. §. 1. de pignor. act. (13, 7.)** v. Löhr, Beiträge, S. 137.

lagen, und deßwegen sich der Jurist genöthigt sah, selbige besonders auszuzeichnen. [1])

Demnach scheint unsre Ansicht von Einheit in sich durchdrungen auch mit den verschiedenen Gesetzesstellen im Einklang zu stehen und sich dadurch wie durch ihre Einfachheit zu empfehlen.

§. 83.

Neben der **culpa lata** und **levis in faciendo** und **non faciendo** finden wir oft noch ein Wort gebraucht, welches eine ganz eigne Art der Aufmerksamkeit zu behandeln scheint — **custodia**. — **Custodia** in der allgemeinsten Bedeutung heißt überhaupt soviel als die Obhut, die Aufsicht zur Bewahrung oder Schützung einer Sache oder Person. [2]) Nebenbedeutungen sind es, wenn **custodia** soviel als der Ort der Aufbewahrung heißt, oder für das Bewachte oder Bewachende selbst genommen wird. [3]) Uns kann nur jene erstere Bedeutung interessiren. Aufsicht, Bewachung, Bewahrung einer Sache setzt offenbar eine Verbindlichkeit voraus, und ohne ein vorhandenes Obligationsverhältniß kann **custodia** überall nirgends gefordert werden. Da aber ferner solche Aufsicht die Aufmerksamkeit zum Zwecke des Handelns in Anspruch nimmt, so kann die Unterlassung derselben nur eine **culpa in non faciendo** — muß ein Theil der **diligentia** seyn. [4]) Und weil es in der Sache selbst liegt, daß es nicht darauf ankommt, ob man mehr oder minder aufmerksam ist, sondern auf die besondre Art, wie man diese Aufmerksamkeit anwendet, so ist es von selbst klar, daß **custodia** nicht ein Grad der **diligentia**, sondern eine Art derselben seyn müsse, daher auch der Ausdruck: »**diligentia custodiendae rei**« gleichbedeutend mit **custodia** selbst. [5])

---

1) v. Löhr, Theor. S. 46. Schömann in progr. ad. fr. 23. D. (50, 7.) etc. Gensler, §. 4. v. Vangerow l. c.

2) Horat. Epist. I. 1, 22. — pupillis, quos dura premit custodia matrum. fr. 77. §. 21. D. de legat. II. fr. 3. §. 8. ut poss. (43, 17.) fr. 48. §. 4. de furt. (47, 2.)

3) Das Uebrige in Brissonius verb. custodia.

4) Prousteau ad l. contr 23. d. R. J. cap. 9 n. 1. v. Vangerow l. c. §. 105. Anm.

5) §. 2. Inst. (quib. mod. re contr.) (3, 15.) §. 4. eodem. fr. 1. §. 4. D. de O. et A. (44, 7.) fr. 5. §. 6. D. commod. v. c. (13, 6.)

Es fragt sich daher, welchen besondern Charakter die Aufmerksamkeit zur Vornahme von Handlungen haben müsse, damit sie custodia heiße; die Antwort giebt der Begriff; custodia enthält alle Handlungen, durch welche die Beschädigungen Dritter überhaupt abgehalten werden, die Obhut, damit andere Menschen nichts Widerrechtliches an der Sache verüben. [1] Sie beschränkt sich also weder auf Diebstähle [2], noch kann darin ihr Unterschied von diligentia liegen, daß die custodia die völlige Destruktion der Sache abhält gegen zerstörende äußere und innere Wirkung, diligentia aber die blose Verschlechterung der Sache durch äußere Umstände. [3] Warum soll aber die diligentia nicht auf innere Umstände gehen, sondern nur die custodia? Es dünkt uns, als stoße sich solche Erklärung an dem Wortgebrauche. Schwerlich möchte der Römer die Aufmerksamkeit z. B. auf einen Menschen, daß derselbe nicht erkranke, custodiam genannt haben, Uns ist wenigstens dieser Sinn aus keiner klassischen Stelle bekannt. Man beruft sich auf fr. 5. §. 6. commod. (13, 6.), eine Stelle, deren Mißverstehen kaum möglich scheint. In der Regel nämlich werden unter den beweglichen Dingen die Sklaven von der Bewachung ausgenommen. (fr. 23. de R. J.) Doch wird die custodia — die Bewahrung vor Entwendung ꝛc. wieder gefordert, wenn der Sklave in einem Zustande ist, in welchem er sich nicht selbst bewachen kann, was auch Alters halber der Fall seyn mag. Die Beschädigung kommt also hier gar nicht von einer inneren, sondern auch von einer äußeren Ursache her. Aber auch der Totalverlüst und die blose Verschlechterung bestimmen den Unterschied nicht. Man bezieht sich auf §. penult. Inst. de locat. (3, 25.) [4] und setzt dazu: „nur auf Verlust, nicht auf Verschlechterung wird bei gemietheten Sachen die custodia bezogen." In der That spricht doch die Stelle von gar Nichts, als daß die custodia so weit gehe, daß nur der Zufall ausgeschlossen ist. Der Begriff der custodia ist also gar nicht darin entwickelt. Es bedarf also wohl keines Be-

---

1) Vergl. Thibaut, §. 162. Hasse, S. 370. ff.

2) v. Löhr Theorie S. 72. ff.

3) Schömann 1. Thl. S. 88. ff. Wächtler l. c. cap. 1. §. 14. Prousteau cap. 9. n. 1, 2. cap. 17. 22. Hasse §. 76. ff.

4) Vergl. auch fr. 55. §. 22. fin. ut in poss. legator (36, 4.).

weises, daß die diligentia in dieser Hinsicht den nämlichen Umfang habe und nur den Zufall ausschließt. Man könnte demnach mit eben so gutem Grunde dasselbe von ihr fordern. So sind z. B. in fr. 23 de R. J. der culpa und diligentia überhaupt alle Zufälle entgegengesetzt (fr. 18. pr. D. commod. (13, 6.). Dazu müßte erwiesen werden, daß in allen Fällen, wo nur diligentia prästirt wird, dieselbe blos auf Verschlechterung der Sache gehe, nicht aber auf völligen Verlust. Endlich findet die custodia Statt, wo blos ein damnum von einem Andern gestiftet wird — was doch offenbar nicht blos von dem Verlust oder Untergang gesagt seyn kann. fr. 29. locat. cond. (19, 2.) fr. 40. nautae, caupones (4, 9.). Dieses Fragment beweist aber eben dadurch zugleich, daß die custodia nicht auf Entwendung beschränkt werden könne. Darum schließt auch die custodia die Bewachung vor usucapio eines Andern in sich, wodurch gleichfalls die Beengung des Begriffs auf den Diebstahl widerlegt ist. fr. 1. §. 1. D. usufruct. quem. cav. (7, 9.) fr. 2. eod. So kann denn der custodia kein anderer als der von Uns gegebene Begriff wohl untergelegt werden, nach welchem alle diese Gesetzstellen eine richtige Deutung erhalten.

§. 84.

Wie aber die diligentia, so beruht auch die custodia auf der Vorstellung eines fleißigen Hausvaters, dies sagen die Gesetze ausdrücklich. fr. 1. §. 4. D. de O. et A. (44, 7.) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. (3, 15.) fr. 11. D. de peric. et comm. (18, 6.) fr. 13. §. 1. fr. 14. de pignor. act. (13, 7.) So wie die diligentia, so ist auch die custodia nicht weiter in Grade eingetheilt.*) Schömann trennt zwar eine plena und minus plena custodia, unter welche erstere die diligens custodia gehört, aber ohne Grund. Denn der nämliche Jurist nennt, was er erst diligens custodia nannte, wieder custodia allein. fr. 3. §. 5. D. Commod. (13, 6.) Daß aber der Zusatz plena nur gebraucht ist, um mit Energie die wahre custodia zu bezeichnen, welche ein diligens pater familias, und nicht blos die, welche man in seinen eignen Sachen anwendet, erhellt ganz deutlich aus fr. 2. de per. et

*) del Rio l. c. cap. 1.

commod. r. v. (18, 6.), daher auch Gothofred in der Note ganz richtig sagt: plena custodia non tantum dolum abfuturum, sed et diligentiam continet, und die Unterlassung, minus plena custodia, wird daher nichts Anders seyn, als die culpa lata in non faciendo, welche natürlich überall prästirt wird, wo custodia möglich ist. Dadurch erklärt sich auch, warum bei dem depositum die Verbindlichkeit zur custodia nicht gefordert wird, da doch die Verbindlichkeit des Depositar auf Bewahrung der Sache gerichtet seyn muß. Dieser leistet die custodia nämlich nur, so weit er sie in seinen Sachen beobachtet, und custodia wird also ebenso im Gegensatz der culpa lata gebraucht, wie diligentia und culpa. [1]) Wie die diligentia, so geht aus gleichem Grunde auch die custodia nicht in's Unendliche. Ihre Möglichkeit muß nach den Umständen bemessen werden. Darum scheint uns auch die Ansicht, daß der, welcher custodiam prästirt, unbedingt für jedes furtum einstehe, nicht haltbar. [2]) Es lassen sich Fälle denken, in welchen die heimliche Entwendung nicht zu verhindern war. Die Möglichkeit der Verhütung kann nicht im Allgemeinen bestimmt werden, sondern ist nach den einzelnen Umständen zu ermessen. Wir setzen ein Beispiel. Jemand miethet ein Haus mit verborgnem Eingang, den selbst der Vermiether nicht kennt; ein Dieb dringt durch ihn ein und stiehlt die zu kustodirende Sache. Will man sich nicht mit Spitzfindigkeiten helfen, so ist wahrlich nicht einzusehen, wie in diesem Falle der Diebstahl zu verhüten war; und solche sehr mögliche Fälle lassen sich gewiß mehrere aufzählen. Daran schließt sich eine Stelle der Institutionen. §. 5. Inst. de Locat. (3, 25.), denn nicht nur das, was man nicht wegen Gewalt abhalten konnte, sondern was man auch nicht vorauszusehen vermochte, gehört zum casus. fr. 2. §. 7. de adm. rer. ad civ. (50, 8.) — quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest. Und vollends bestättigt unsere Meinung das fr. 20. Commod. (13, 6.), nebst fr. 20. §. 2 de praescr. verb. (19, 5). Darnach steht man offenbar für das furtum nicht ein, wenn man nur gethan hat, was man möglicher

1) Vergl. fr. 1. pr. D. depos v. c. (16, 3.) fr. 32. eod. §. 17. Inst. (de Obl. q. ex del. 4, 1.) sed is apud quem etc.

2) v. Löhr Beitr. IV. S. 168. Hasse cap. X.

Weise thun konnte, so wie hier man nicht haftete, wenn nur der Sklave, welcher das geliehene Silber überbringen sollte, tauglich genug war, und doch kann man das decipere nicht mit — durch Gewalt entreißen, sondern nur mit entwenden übersetzen. fr. 14. §. 2. de liber. caus. (40, 12.) fr. 1. §. 2. fr. 8. de dolo malo (4, 3.). fr. 18. §. 3. fr. 37. eod. [1]) Wir sind deßhalb mit v. Vangerow, §. 105 Anm., der Ansicht, daß auf jeden Fall beim heimlichen Diebstahl dem custos der Beweis seiner Schuldlosigkeit offen gelassen werden muß, wenn auch derselbe ihm zunächst zur Last gelegt wird, weil man von der Voraussetzung ausgeht, derselbe habe ihn durch seine Wachsamkeit abwenden können. Und wenn bei einem Geschäfte, welches schon seiner Natur nach die custodia erheischt, noch besonders die Prästation derselben versprochen wird, muß man annehmen, der custodiens habe den casus in Betreff des Entfliehens, Stehlens und damnum injuria datum übernehmen wollen. Beim damnum injuria datum von Seite eines Dritten wird außerdem natürlich für den custodiens von vorn herein präsumirt. [2])

§. 85.

Es übrigt, ehe wir die Prästation der culpa in einzelnen Kontrakten betrachten, nur noch die Angabe der allgemeinen Regeln und ihrer Veränderung durch verschiedene äußere Einflüsse. Einfach und einleuchtend ist die Regel, daß Jeder, welcher zu einem höhern Grade der Aufmerksamkeit verbunden ist, von selbst auch zu dem niedern derselben verpflichtet sey, also natürlich für culpa lata haftet, wenn das Gesetz von ihm die Prästation der culpa levis fordert. Auch kann es keinem Zweifel unterliegen, daß man mit der diligentia zugleich für culpa einstehe. Wer handeln muß zum Zwecke einer Sache, und durch Unterlassen eine Unachtsamkeit — culpa in der Bedeutung dem dolus gegenüber — begeht, darf wohl

---

1) Wunderlich, additam. ad Brisson. voc. decipere. Faber, Rational. ad fr. cit. 20. — Id enim alios quilibet etiam diligentissimus paterfamilias fecisset, et pro idoneo hac parte habendus est etiam is, qui passus est se decipi, si credebatur non fuisse passurus.

2) Die Belegstellen und weitere Ausführung der Controverse siehe bei v. Vangerow §. 105. Anmerk. vergl. Hasse S. 513. ff. Glück, XVII. S. 147. ff.

nicht selbst durch positive Beschädigung die Sache verletzen; auch wird man keine Stelle aufweisen können, nach der nur diligentia, aber nicht die culpa, prästirt würde.

Eine zweite Regel ist es, daß in allen Fällen dolus und culpa lata prästirt werde. Vom dolus ist das Oben schon verhandelt. Nachdem aber die culpa rücksichtlich ihrer privatrechtlichen Wirkung ganz dem dolus gleichgestellt ist, so ergiebt es sich auch von ihr.

Schwieriger ist es, eine Hauptregel für die Prästation der culpa in Kontrakten aufzustellen, weil manche Stellen sich deßhalb wirklich widersprechen. [1] Doch kann man nicht lange anstehen, die nämlich, welche gegen Africanus in fr. 61, §. 5. D. de furtis (47, 2.) das fr. 108. §. 12. de legat. I. behauptet, daß es nur darauf ankomme, ob man aus dem Geschäfte Vortheil ziehe oder nicht, und Nichts darnach sich ändre, wenn beide Theile Vortheil ziehen. Wer Vortheil zieht, prästirt jedes Versehen, wer keinen erhält, nur dolus und culpa lata. Dies beweisen fr. 17. §. 2. de praescr. verb. (19, 5.) fr. 10. §. 1. commod. (13, 6.) Theophilus 4, 1. §. 13.

In den Geschäften, in welchen Beide Vortheil ziehen und demnach nach Africanus nur dolus, culpa und quanta in suis rebus diligentia prästirt werden mußte, wird nach mehreren Gesetzstellen auch diligentia prästirt. fr. 18. §. 7, 8, 9. D. de damno inf. (39, 2.) Paul. lib. 48. ad Ed. fr. 36. de act. E. V. (19, 1.) fr. 38. pr. D. de damno inf. (39, 2.) fr. 25. §. 7. Locati cond. (19, 2.) Daraus geht hervor, daß die Ansicht Africans als eine nicht mehr gültige nur durch Versehen in die Pandekten aufgenommen wurde und daher auf die Beurtheilung des Gradverhältnisses keinen Einfluß hat. [2] Doch fällt auch diese Regel bei einzelnen Kontrakten weg.

Endlich können noch durch verschiedne äußre Umstände diese allgemeinen Regeln über Prästation der culpa verändert werden. Und zwar durch Vertrag und durch Testament; doch kann die Leistung gewiß nicht so unbedingt herabgesetzt als erhöht werden, wenn gleich erlaubt ist, den bereits erlittenen Schaden zu erlassen. (fr. 27. §.

1) Thomasius l. c. § 40 ff.

2) v. Wening Ingenheim Pand. III. §. 98.

4. D. de pactis (2, 14.)). Wohl erlaubt ist die Verabredung, für den bei seinen Sachen gewohnten Fleiß nicht einzustehen. [1] Beim Testament hängt es natürlich davon ab, in wie weit die Erhöhung oder Erniederung in der Willkühr des Testators liegt. [2] In gewissen Fällen wird aber auch der Grad der culpa ohne besondre Verabredung erhöht. Insonderheit wenn sich Jemand zu einem solchen Geschäft, wobei er sonst nicht für jede culpa einzustehen brauchte, freiwillig erbot und aufgedrungen hat, ferner wenn der Gegenstand der Leistung mit einer bestimmten Schätzung des Werthes übergeben ist. (Vergl. fr. 52. §. 3. D. pro Socio (17, 2.) Endlich wenn ein Verzug — mora Statt gefunden hat, wo die culpa bald erhöht, bald vermindert wird, wovon Unten. Erzeugt eine culpa an und für sich einen nachher hinzukommenden schädlichen Zufall, so wird doch der ganze Erfolg der Schuld zugerechnet, und überhaupt culpa, nicht casus mixtus, angenommen. fr. 11. de negot. gest. (3, 5.) fr. 36. §. 1. de R. V. (6, 1.) fr. 5. §. 4. und 7. commod. (13, 6.) fr. 11. §. 1. locat. (19, 2.)

Was den Beweis der culpa anbelangt, so gilt in Kontraktsverhältnissen rücksichtlich der culpa L. Aq. was Oben §. 55 gesagt worden, nur bleibt dem Beklagten natürlich der Gegenbeweis, daß die Handlung nach der Natur des Kontraktsverhältnisses erlaubt sey und folglich keine injuria enthalte. Hinsichtlich der diligentia, der kontraktsmäßigen Beflissenheit ist zu unterscheiden, ob in dem Verhältnisse omnis culpa oder nur dolus und grobes Versehen zu prästiren ist. Im ersten Falle reicht es hin, den Fehler oder Mangel, oder die Verletzung in der pflichtmäßigen Leistung (objektiv) darzuthun, und es kann nur dem debitor, wenn er dem Anspruche entgehen will, der Beweis obliegen, daß entweder gar kein Versehen, oder nur ein solches, für welches auch der Fleißigste nicht hafte, oder welches er, so ferne die Gesetze diese Entschuldigung zulassen, in eignen Sachen eben so zu begehen pflege, vorliege. fr. 1. §. 13. vgl. mit fr. 4. de mag. conv. (27. 8.) fr. 11. de probat. (22, 3.) [3].

---

1) Hasse a. a. O. §. 61 — 62.

2) fr. 5. §. 7. D. de adm. et per. tut. (26, 7.) fr. 119. de Legat. I. fr. 72. §. 3. de cond. et demonstr. (35, 1.)

3) v. Wening Ingenheim Pand. III. §. 99. Note a. Hasse §. 72.

Bei der diligentia in custodiendo lassen die Gesetze rücksichtlich des damni injuria dati eines Dritten die Vermuthung für, rücksichtlich eines furti aber gegen den Kustodienten streiten [1]). fr. 19. commod. (13, 6.) fr. 31. pr. de act. E. (19, 1.) fr. 41. locat. (19, 2.) fr. 10. §. 1. commod. (13, 6.) fr. 52. §. 3. pro Socio. (17, 2.) fr. 12. pr. fr. 14. §. 10, 15, 17. de furt. (47 2.) Bei anderen Obligationsverhältnissen muß aber die culpa lata bewiesen werden. [2]) Dieser Beweis kann nur durch Thatsachen geführt werden, aus welchen der Richter abstrahirt, ob und welche Art der culpa anzunehmen sey.

§. 86.

Geben wir eine kurze Uebersicht der Kontraktsverhältnisse, so finden wir folgende Bestimmungen hinsichtlich der Prästation der culpa:

Beim Kaufkontrakt.

Beim Kaufe prästiren beide Kontrahenten sowohl culpa als diligentia. Das ist deutlich in den Gesetzen ausgesprochen. fr. 68. pr. D. de contr. emt. (18, 1.) fr. 18. §. 9. u. fr. 38. damn. inf. (39, 2.) fr. 9. §. 1. de per. et. commod. rei vend. (18, 6.) [3]) Sehr bestritten ist es, ob wohl der Verkäufer auch custodia zu prästiren habe. Hält man sich an die Fragmente der Pandekten, so sprechen für die Prästation der custodia laut fr. 3. de periculo (18, 6.). fr. 36. de act. emti (19, 1.). fr. 31. pr. eod. fr. 2. §. 1. de periculo (18, 6.). Dagegen soll nach Gajus und Ulpian keine custodia prästirt werden. Man sehe fr. 35. §. 4. D. de contrah. emt. (18, 1.) Allein sehr gut läßt sich das Fragment mit dem bisher Angeführten vereinigen. „Vor Allem, drückt sich der Jurist aus, ist zu sehen, wenn eine verkaufte Sache

---

1) Vergl. §. 84 a. E.

2) v. Weuing Ingenheim, eod. N. c, d, e. Hasse, §. 57. u. XII. Kap. No. 1. S. 527—545. Vergl. Unterholzner Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke I. Bd. S. 283.

3) Vergl. Thibaut §. 510. v. Löhr, Theorie S. 150. No. 4. Dagegen Schömann nach seiner allgemeinen Ansicht der diligentia. Thl. 1. S. 132. Vergl. Del Rio l. c. cap. 9. Prousteau, cap. XVII. Ueberhaupt siehe Hasse a. a. O. §. 98. Wächter, über die Frage, wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen, im Archiv für civil. Praxis. 15ter Bd. S. 198. ff.

durch Diebstahl verloren geht, ob Nichts über die custodia bestimmt ist." Denn nicht auf jeden Diebstahl geht die custodia, und so ist es gar leicht möglich, daß die Kontrahenten etwas Eignes darüber bestimmt haben. Das fr. 14. pr. D. de furtis (47, 2.) wird aber nur dadurch gegen unsre Ansicht, daß man custodia zu präftiren habe, gekehrt, daß man ein »non« hinzusetzt. Allein diese Emendation ist nicht nur gegen alle Manuscripte, Ausgaben und gegen die Basiliken, gegen die klare Behauptung aller Pandektenstellen, sondern auch unnöthig, da sich die Stelle völlig ohne das non und zwar für unsre Ansicht erklären läßt. In dem Falle, wo die verkaufte und noch nicht tradirte Sache ohne Schuld des Verkäufers, das heißt, wo die custodia auch dem ordentlichen Hausvater nicht möglich war — entwendet wurde, verpflichteten denselben die Gesetze zu gar Nichts weiter, als zur Cedirung der Klage. Dies sagt Papinian in einer Stelle desselben Titels und in einer Stelle, die dem kontroversen Fragment ganz ähnlich ist, und wo gleichfalls erörtert wird, daß die actio furti dem Käufer nicht zustehe, in fr. 80. pr. Damit stimmt Neratius überein, indem er dasselbe von dem Falle sagt, in dem die noch nicht tradirte Sache mit Gewalt entrissen ist. fr. 31. de act. emt. vend. (19, 1.) Zugleich setzt er einem solchen casus die eigne Unachtsamkeit entgegen, wo Jemand die schuldige custodia nicht leistete, in welchem Falle der venditor zum Ersatz des vollen Interesse gehalten ist und zwar ganz natürlich actione emti venditi. *) Aus diesem Gesichtspunkt erklärt sich das Fragment Ulpians vollkommen. Der Käufer hat die actio furti nicht, sagt er — (er kann sich ja, woferne der Verkäufer die custodia verletzt, mit der actio emti venditi helfen). Wohl aber kann ihm der Letztre die Klage cediren (— nämlich im vorausgesetzten Falle. —), oder muß, wenn er durch Anstellung dieser Klage bereits schon Etwas erhalten, dasselbe dem Käufer überlassen. Und in der That, setzt er hinzu, trägt der Käufer die Gefahr der Sache, wenn sich der Verkäufer nur keine Unachtsamkeit in custodiendo zu Schulden kommen läßt. Endlich beruft man sich auf §. 3. Inst. emt, vend. (3, 24.). Den scheinbaren Widerspruch dieser Stelle hat Schömann l. c. völlig gelöset. Offenbar redet Justinian vom sich ereig-

*) Fabr. rat. h. l. fr. 31. (19, 1.) t. V. p. 518.

nenden Zufalle, wenn er sagt: sine dolo et culpa ita — ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat. Bei solchem zufälligen Entkommen fragt es sich, ob auch — in so weit — die custodia übernommen worden. Daher der Zusatz ad ipsius periculum is casus — dieser Zufall. Denn warum man hier casus mit Begebenheit übersetzen müsse, ist in der That nicht einzusehen. [1]) Wir nehmen daher keinen weitern Anstand, den Verkäufer auch zur custodia verbindlich zu erkennen.

§. 87.

Beim Miethkontrakt.

Beide Kontrahenten haften sich in diesem Kontrakte für jede Unachtsamkeit nach Art und Graden. fr. 25. §. 7. D. locat. (19, 2.); nach Schömanns Meinung, welcher in l. c. keine diligentia prästiren läßt, erklärt sich diese Stelle dahin, daß hier nur von custodia die Rede sey, da vom gänzlichen Ruin der Sache gesprochen wird, allein erstens ist jener Begriff der custodia falsch, wie schon Oben erörtert wurde und zweitens kann ja doch fracta noch keinen gänzlichen Ruin bedeuten. fr. 25. §. 4. Locat. cond. (19, 2.) fr. 5. §. ult. commod. v. c. (13, 6.) fr. 11. pr. locat. fr. 60. §. 2. fr. 40. eod. Const. 1. Cod. Const. 28. locat. (4, 65.) [2])

§. 88.

Beim Leihkontrakt.

Der Kommodatar prästirt jedes Versehen, der Kommodans hingegen nur dolus und culpa lata, wofern nicht das Ziehen des Vor-

---

1) Hasse, Seite 517. Note a. Bucher, Recht der Forderungen, Seite 203 u. ff.

2) Gleicher Meinung ist Prousteau l. c. cap. 18. Wächtler, (opusc.) läßt auch nur bei der locat. oper. die culpa levissima i. e. diligentiam prästiren. Coccej. jus contr. (19, 2.) quaest. 42. Gothofred, l. c. sieht hierin einen Widerspruch der Juristen, und Andre nehmen nur ausnahmsweise bei der locatio sehr gebrechlicher Dinge, die Prästation der culpa levissima, an. Alciat. ad l. 226. de V. S. Hotomann ad l. 23. de R. J. Del Rio erklärt die Stelle durch ein stillschweigendes Versprechen, l. c. cap. 11. Vergl. v. Löhr, Theorie, S. 148. Note 2. Thibaut, §. 516. Wagner, l. c. §. 8. Donellus, Comment. Lib. XIII. cap. 7, 8. Bucher, Recht d. Ford. Seite 247. ff. Wächter, l. c. p. 202. ff.

theils eine Aenderung hervorbringt, je nachdem Beide, oder nur der Kommodans Vortheil zieht — nach den allgemeinen Grundsätzen. fr. 5. §. 5. §. 15. Commod. (13, 6.) fr. 18. pr. eod. fr. 5. §. 10. eod. §. 2. Inst. quib. mod. re. (3, 14.) [1])

§. 89.

Bei dem Gesellschaftsvertrag.

Jedes Gesellschaftsglied haftet für positive culpa im ganzen Umfange, steht aber bei der negativen nur für culpa lata ein. fr. 23. de R. J. fr. 5. §. 2. D. commod (13, 6) §. 9. Inst. de societ. (3, 26.) fr. 72. D. pr. socio (17, 2.). Der Gesellschafter wird verantwortlich wegen Vernachlässigung der diligentia in concreto. [2]) Damit vergleiche was Oben über die culpa in concreto gesagt worden.

In welcher Verlegenheit sich hier die gewöhnliche Theorie befindet, läßt sich leicht denken, da die Gesetzstellen bald eine culpa geradezu, bald nur eine culpa lata und diligentiam quam in suis rebus fordern. [3]) Gerade dasselbe gilt auch von der communio rerum fr. 25. §. 18. D. familiae hercisc. (10, 2.) fr. 16. §. 4, 5. eod. fr. 22. §. 3 ad S. C. Trebell. (36, 1.) Dies Fragment ist besonders darum merkwürdig, weil die darin enthaltnen Ausdrücke nur auf die culpa lata in non faciendo gehen; auch hier können wir darauf aufmerksam machen, wie leicht sich diese Stellen mit unsrer Ansicht in einander fügen. Schömann (Thl. 1. S. 170.) hilft sich mit der Unterscheidung, ob man schon vor der durch seine Unthätigkeit (vergl. fr. 16. §. 4, 5. (10, 2)) dem Mitkontrahenten zugefügten Beschädigung als Hausvater seinen eignen Geschäften vorstand oder nicht. Im ersten Falle läßt er culpa lata prästiren, im andern culpa levis.

---

1) Schömann, S. 191. v. Löhr, Theorie S. 160. No. 5. Thibaut, §. 548. Bucher, Seite 175 u. 284 ff.

2) Franskius, ad tit. D. pro Soc. No. 106. ff. Thibaut, §. 540. Bucher l. c. pag. 175.

3) Schömann, pag. 149 ff, Coccejus de culpae etc. praest. Disp. 2,2. Proustéau, cap. 22. — Quod ergo sagt er, culpa dicitur in depositario, recte levis appellatur in socio. Dasselbe nimmt auch Giffenius an: antin. jur. disput. 30. ad thes. 9. Gleichfalls Gothofredus l. c. Contius e. l. Cujacius ad Tit. Cod. pro Socio. Op. Posth. T. 5.

Custodia wird vom Socius nicht gefordert, wenn nicht mit der aestimatio dieselbe stillschweigend übernommen wurde. fr. 52. §. 3. pro Socio (17, 2.) fr. 5. §. 3. Commod. (13, 6.) Vergl. die Lehre vom pactum. [1]

§. 90.

Beim Pfandkontrakt.

Sowohl der Pfandschuldner als der Pfandgläubiger haftet für culpa und diligentia im ganzen Umfang. Const 19. Cod. de pign. et hyp. (8, 14.) fr. 9. §. ult. fr. 13. fr. 14. proem. D. de pign. (13, 7.) fr. 9. §. 5. de reb. auct. jud. (42, 5.) fr. 22. §. ult. fr. 25. fr. 30 de pign. act. (13, 7.) §. ult. Inst. quib. mod. re contr. (3, 15.) [2] Schömann läßt den Pfandgläubiger auch selbst nach fr. 13. §. 1. und fr. 14 nur culpa levis prästiren, indem er das Alles allein von der custodia plena versteht. (Thl. 1. §. 157. ff.) [3] Ausnahmsweise fordert das prätorische Pfand nur dolus und culpa lata in non faciendo prästirt. fr. 9. §. 5. de rebus auct. jud. (42, 5.) [4]

§. 91.

Bei der Bevollmächtigung.

Der Mandatar haftet für culpa und diligentia, er mag nun die aufgetragne Handlung ganz unterlassen, oder nicht gehörig ausgeführt haben, genug, daß der mandans die Vortheile, die er erwarten durfte, verliert. [5] Const. 13. Cod. mand. (4, 35.) Const. 11, 21. eod. fr. 22. § 11. D. mand. (17, 1.) fr. 1. §. 12. depos. (16, 3.) fr. 23. de R. J. Die custodia wird nur prästirt, wenn sie ausdrücklich übernommen worden. fr. 5. §. 4. de praescr. verb. (19, 5.) fr. 19. mand. (17, 1.)

---

1) Wächtler, l. c. S. 8. §. 56. Schömann, S. 153.

2) v. Löhr, Theorie, S. 149. Thibaut, §. 794 und 799.

3) v. Löhr, Beiträge S. 91.

4) Del Rio l. c. cap. 10. Thibaut, §. 799.

5) v. Löhr, Theorie S. 163. Schömann l. c. p. 190. Prousteau l. c. c. 14. Burgundius, cap. 3. §. 6. cap. ult. §. 2. Donellus, comment. lib. 13. cap. 11. Thibaut, §. 519. Hasse, Seite 474—484. Vgl. Höpfner, Komment. §. 926. N. 3. Bucher, Recht d. Fordr. Seite 173.

§. 92.

Bei der Geschäftsführung.

Der negotiorum gestor haftet für die Unachtsamkeit im ganzen Umfange, selbst wenn er freiwillig sich den Geschäften unterzogen hätte, wofern er nicht beweisen kann, daß ohne seine Besorgung des Geschäftes dasselbe verloren gewesen wäre, in welchem Falle er nur für dolus und culpa lata haftet. Const. 20. C. de neg. gest. (2, 19.) fr. 11. D. de neg. gest. (3, 5.) fr. 6. §. 12. fr. 21. §. 3. eod. §. 1. Inst. de oblig. q. quasi (3, 28.). fr. 3. §. 9. de neg. gest. (3, 5.) Vergl. die Lehre vom pactum. [1]

§. 93.

Beim Hinterlegungskontrakt.

Nach der Natur des Geschäftes, wenn also durch Anerbieten des Depositar, oder dadurch, daß er Vortheile von dem Geschäfte zieht keine Aenderung entsteht, steht derselbe nur für dolus und culpa, der zufällige Schade trifft ihn, wenn beim irregulären Depositar das Eigenthum der deponirten Sache auf ihn übergegangen ist, oder ihm Verzug zur Last fällt. fr. 9. i. f. D. (12, 1) fr. 12. i. f. D. h. t. Der deponens aber haftet für das geringste Versehen — diligentia — fr. 1. §. 1, 8. depos. (16, 3.) fr. 16, 20, 32. eod. Const. 1. Cod. eod. fr. 14. §. 3. fr. 61. §. 5. D. de furt. (47, 2.) [2] l. 5. p. h. t.

§. 94.

Bei der Vormundschaft.

Der Tutor prästirt die positive culpa durchgehends, außerdem aber nur die culpa lata in non faciendo. fr. 1. pr. D. de tut. et rat. (27, 3.) fr. 10. de administ. et peric. (26, 7.) fr. 33. proem. fr. 39. §. 7. eod. Const. 7. Cod. arbitr. tut. (5, 51.) fr. 4. D. de eo qui pro tut. (27, 5,). [3] Ganz auf die positive culpa bezieht sich daher Const. 7. Cod. cit., und es bedarf auch hier des Unterschiedes nicht, der sich nie nach den Ge-

1) Paulus I, 4. §. 1. Donellus l. c. l. 16. cap. 7. Schömann p. 200. Thibaut §. 970. Bucher l. c. pag. 173. v. Löhr Theorie, S. 163.

2) v. Löhr, Theorie S. 147. Schömann, S. 197. Thibaut, §. 551. Kritz, über culpa, S. 71—95.

3) v. Löhr, Theorie S. 168. Thibaut., §. 429.

setzen erweisen läßt, ob der Vormund schon als Hausvater seine eignen Geschäfte verwaltete, oder nicht. Vergl. Const. 2. Cod. arb. tut. (5, 51.) [1]) Merkwürdig ist es, daß ausnahmsweise der Erbe des Tutors nur für culpa lata überhaupt haftet. fr. 39. §. 6. D. de adm. et per. tut. (26, 7.) [2])

§. 95.

Bei der Nutznießung.

Beim ususfructus prästirt der Usufruktuar alle positive und negative culpa im ganzen Umfang. Dies beweisen fr. 13. §. 2. fr. 65. de usufr. (7. 1.) fr. 2. usufructuar. quem. cav. (7, 9.) fr. 1. §. 7. eodem. Schömann weicht hierin wieder seiner Ansicht zu Folge ab und läßt nur culpa levis, nicht diligentia prästiren. (S. 183. ff.)

§. 96.

Bei der Schenkung.

Bei der Schenkung haftet der Schenker nur für dolus und culpa lata fr. 18. §. 3. de don. (39, 5.) Vgl. fr. 14. de precar. (43, 26.)

§. 97.

Beim *precarium.*

Bei dem precarium wird nur dolus und culpa lata vom Empfänger prästirt. fr. 23. D. de R. J. fr. 8. §. 3. de precar. (43, 26.) fr. 8. §. 6. eodem. [3]) fr. 14. §. 1. de furtis. (47, 2.)

Auf dieselbe Art ist auch der agrimensor und Jeder, welcher nach der Natur des Geschäftes ihm gleich steht, nur für dolus und culpa lata verbunden. fr. 5. §. 2. fr. 6. fr. 7. si mens fals. mod. (11, 6.) fr. 1. §. 4. eod. [4])

§. 98.

Bei der Dos.

Bei der Dos haftet der Mann für alle positive culpa und für

---

1) Schömann, l. c. S. 162.

2) Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Kriminalrecht. 2ter Bd. 1tes Hft. S. 49 ff.

3) v. Löhr, Th. S. 193. Schömann, S. 199. Thibaut, §. 557. Höpfner, Komment. §. 771. Note 1. Buchholz, jurist. Abhandl. S. 386. Bucher, l. c. S. 174.

4) Thibaut, §. 519.

die culpa lata in non faciendo. Bei den Paraphernen steht er aber nur überhaupt für dolus und culpa lata ein. fr. 17. pr. D. de jure dot. (23, 3.) fr. 24. §. 5. Soluto matr. (24 3.) fr. 46, 42. §. 1. de jure dot. (23, 3.). Const. 11. Cod. de pact. conv. (5, 14.) [1])

§. 99.

Bei Spielen.

Bei Spielen wird nur dolus und culpa lata prästirt. fr. 1. §. 1, 2. de aleatoribus. (11, 5.)

§. 100.

Bei ungenannten Kontrakten.

Bei diesen richtet sich Alles nach der allgemeinen Regel, in wie ferne Jeder für den Schaden haftet, nachdem er Vortheil zieht oder nicht. Vergl. davon Oben. fr. 17. §. 2. §. 4. fr. 5. § 1. de praescr. verb. (19, 5.) fr. 10. §. 1. fr. 12. Commod. (13, 6.)

Bei diesen Innominatkontrakten ist besonders zu beachten, daß beim Tröbelvertrage zu unterscheiden ist: a) wenn der Geber um den Verkauf der Sache besonders gebeten hat, so ist der Empfänger nur für dolus und culpa lata gehalten, weil er dem Geber hier bloße Gefälligkeit erzeigt. fr. 17. §. 2. de praescr. verb. (19, 5.) (Vergl. fr. 61. §. 5. de furtis (47, 2.) und fr. 5. §. 2. commod. (13. 6.)); b) wenn hingegen der Empfänger dem Geber oder keiner dem andern besonders zugeredet hat, so haftet der Empfänger auch für culpa levis. fr. 11. de reb cred. (12, 1.) — Hinsichtlich des Mäklervertrages ist zu bemerken, daß er nicht mit dem Mandat zu verwechseln ist, weil er nicht unentgeltlich übernommen wird, aber auch nicht mit der Miethe von Diensten, weil der Mäkler nur wegen dolus oder culpa lata haftet, nicht aber für culpa levis. fr. 2. D. de proxeneticis. (50, 14.) [2])

---

1) v. Löhr, Beiträge S. 205. ff. Schömann, S. 176. ff. Thibaut, §. 344. Tigerström, Dotal-Recht 1. Bd. S. 329 — 347. Vergl. Kritz, l. c. S. 23 — 165. Glück, Pand. 25. Bd. S. 118 — 127. Hasse, S. 561 — 569.

2) Bucher, Recht d. Forder. S. 390.

§. 101.

Beim Arzte.

Sehr schwer ist es, die Verbindlichkeit des Arztes nach römischem Rechte zu bestimmen. Doch kann es auf keinen Fall wahr seyn, was Mallville zum Art. 1383 des **Code Napoléon** sagt: daß Aerzte gar nicht für Unwissenheit oder Unachtsamkeit haften, und es daher um so schlimmer für den sey, der einen ungeschickten Arzt braucht. So viel widerlegt schon **fr. 6. §. 7. de off. praes. (1, 18.)** Am nächsten kommt wohl das Obligationsverhältniß des Arztes dem eines jeden Mandatars, ja wir nehmen gar keinen Anstand, seine Verbindlichkeit in Hinsicht auf Achtsamkeit überhaupt dem des Mandatars gleich zu stellen. Denn es ist beim Arzte nicht weniger als bei jedem Mandatar eine freie, ohne Bedingung eines Lohnes erfolgte Uebernahme eines auf den Nutzen des Mandans abzielenden Geschäftes vorhanden, und wir finden daher gar keinen Grund, warum diese Annahme mißbilligt werden könnte. Darnach müßte nun der Arzt für **culpa** und **diligentia** haften. Ziehen wir darüber die Gesetze zu Rathe. **fr. 6. §. 7. de off. praes.** mit **§. 7. Inst. de L. Aq.** Darnach ist 1) nur der wahre Zufall ausgeschlossen; 2) unter **imperitia** kann doch wahrhaftig nicht blos die positive **culpa** verstanden werden; sondern die Vermeidung der **imperitia** ist nur durch Anwendung jener **peritia** möglich, welche der eine Kunst Ausübende anwenden soll, wodurch von selbst auch **diligentia** erfordert wird. Endlich wird 3) zu Folge der Institutionenstelle der Arzt dem Chirurgus ganz gleichgestellt. Von diesem sagt aber **fr. 8. ad L. Aq. (9, 2.) Idem juris est, si medicamento perperam fuerit. Sed et qui bene secuerit, et dereliquit curationem, securus non erit: sed culpae reus intelligitur.** Darnach wird offenbar auch die Nachlässigkeit beim Arzte gerügt, und so scheint uns denn das Gesetz wenigstens nicht zu widersprechen. Eine andre Frage ist, wie hier die **diligentia** zu bestimmen, wornach sie zu beurtheilen sey. Die Gesetze enthalten Nichts darüber, und so muß es wohl dem Richter überlassen bleiben, nach den Umständen zu bestimmen. Der Satz: **uti diligentia, quam in suis rebus etc.** ist natürlich hier nicht anwendbar, und auch darum kann nur geradezu **diligentia**

gefordert werden. Dem Arzte steht die Hebamme gleich. fr. 9. D. ad L. Aq. *)

§. 102.

B. Von der *mora*.

a) Nach natürlichen Principien.

Auf eine besondere Art kann Uns dadurch Schaden zugehen, wenn eine Verbindlichkeit, deren Erfüllung wir fordern dürfen, nicht zur gehörigen Zeit erfüllt wird. Ein solcher schuldvoller Aufschub oder Verzug des zur Erfüllung Verpflichteten überhaupt heißt *mora*. Wenn jede widerrechtliche Verletzung an dem Unsern eine Forderung auf Ersatz begründet, so bedarf es keiner weitern Erörterung, daß da, wo durch mora ein Schaden entsteht, ebenfalls der Ersatz rechtlich begehrt werden dürfe: daß folglich auch *mora* ein Entstehungsgrund des Rechtes auf Schadensersatz sey. Darin liegt aber von selbst ausgesprochen, daß es gar keine mora, wenigstens in rechtlicher Bedeutung gebe, ja nicht einmal vernünftiger Weise solche gedacht werden können, welche nicht auf einer culpa, oder gar dolus beruhet. Die Widerrechtlichkeit der Handlungen schließt allen Zufall aus, und wo also eine Unmöglichkeit, die auf einem Zufall beruht, den Verpflichteten an der Erfüllung hindert, kann von einer mora keine Rede seyn — es liegt in ihrer Wesenheit, daß sie schuldvoll sey. Die mora kann nach der Verschiedenheit der Person des zur Erfüllnng Verpflichteten entweder eine mora accipiendi seyn, wenn sich der Gläubiger, oder eine mora solvendi, wenn sich der Schuldner die Verzögerung (frustratio) zu Schulden kommen läßt. Wir betrachten indeß die mora des debitor, weil nur sie Einfluß auf die Lehre vom Schadensersatz hat; denn was die mora des creditor betrifft, so wird der debitor wohl durch dieselbe mancher Verpflichtungen entbunden, kann jedoch eigentlich nicht leicht Schaden an dem Seinigen erleiden, folglich auch keinen Schadensersatz fordern. Soll die mora, welche wir nun betrachten, eine Wirkung äußern, so verlangt die Vernunft einmal das Vorhandenseyn einer Verbindlichkeit überhaupt.

*) Vergl. Joann. Suarez de Mendoza ad L. A. lib. III. cap. VI. 5, 2. in Meermann thes. t. II.

Es geht dies schon aus dem Begriff der mora hervor, da nur in dem Falle Erfüllung begehrt werden kann, wo auf der andern Seite eine Pflicht dazu — eine Verbindlichkeit vorhanden ist. Zum Andern hängt die Fortdauer jeder Verbindlichkeit in der Regel von der Willkühr beider Rechtssubjekte ab. Darum ist eine Aufforderung, ein Dringen auf Erfüllung (interpellatio) unerläßliche Bedingung, wenn eine mora auf der andern Seite entstehen soll — mora ex persona. — Natürlich muß die interpellatio so geschehen (gleichgültig auf welche Art), daß der Verpflichtete auch wirklich Kenntniß von der Aufforderung zur Erfüllung erhält. Ausnahmsweise wird dieselbe aber unnöthig, wo schon Vorn herein bei Eingehung des Geschäftes ein bestimmter Termin zur Erfüllung der Verbindlichkeit festgesetzt ist, da ja der Verpflichtete gleichsam selbst sich interpelliren kann, und hier der mit seinem Wissen und Willen gesetzte Termin die Stelle einer weitern Mahnung vertritt. Ferner wenn Uns Jemand aus einer widerrechtlichen Handlung verpflichtet geworden, wie durch Diebstahl beweglicher, oder durch Erzwingung des Besitzes vermittelst der Dejektion bei unbeweglichen Sachen; denn hier fällt die ganze Ursache weg, welche die Interpellation nöthig macht, die doch immer auf einen gewissen Grund der Billigkeit gegen den gestützt ist, welcher Etwas leisten muß, da dann jeder die natürliche Verbindlichkeit hat, unaufgefordert zurückzugeben. Man verwechsle hier nicht was Oben von der Prästation des casus von Solchen gesagt wurde, diese ist Folge ihres Deliktes. Nun aber bestimmen die Gesetze, daß sie dem morosus gleich zu beurtheilen sind, also gilt dies in Allem übrigen, und hier wird besonders eine mora ohne Interpellation durch die Vernunft geboten. — Gleichfalls fällt die Interpellation weg, wofern das Gesetz die Zeit der Erfüllung bestimmt, da eine Mahnung des Privaten überflüssig ist. In diesen beiden Fällen entsteht die mora ex re.

Wenn die Erfüllung aus einem rechtlichen Grunde verweigert, also eine rechtmäßige Ursache zu deren Unterlassung vorhanden ist, so fällt die mora weg. Im Falle, daß ein Rechtsstreit entsteht, wird der Debitor nicht mit der Einlassung auf die Klage, sondern erst dann in moram kommen, wenn res judicata vorliegt und zwar sogleich vom Anfangspunkte dieser. Es läßt sich gar kein vernünftiger Grund denken, warum in diesem Falle schon die litis contesta-

tio eine mora des Gläubigers begründen soll; denn man darf allerdings verlangen, daß er, durch die Lit. Cont. aufmerksam gemacht, auch Aufmerksamkeit prästire, nicht aber ihm eine Schuld aufbürden, die jederzeit in der mora liegt, aber durch die blose Einlassung doch noch nicht an den Tag gelegt ist. Außerdem wird die mora unschädlich werden, also ihre Wirkungen aufhören (purgatio morae), wenn die Erfüllung noch geschieht, ehe sie aufhört dem Creditor Nutzen zu bringen, oder wenn sie erlassen wird, oder aber die Verbindlichkeit auf eine andere Weise ganz wegfällt. Gleichzeitige mora beider Parteien hebt ihre Folgen natürlich auf; so wie es in der Vernunft gegründet ist, daß die Nachtheile der mora den treffen, der sich derselben zuletzt schuldig machte, da ja jede mora posterior die purgatio der frühern mora des Andern voraussetzt.

§. 103.

Kann man nach vorgängiger Prüfung dieser Punkte sagen, daß mora vorhanden sey, so äußert sie in Beziehung auf den Schadensersatz folgende Wirkungen:

Der Schuldner ist vom Anfangspunkte der mora an zum Ersatze alles Schadens verbunden, welcher am Objekte der Verbindlichkeit selbst geschehen kann — er trägt die Gefahr der Sache unbedingt, während er sonst durch zufälligen Untergang des Objekts oder überhaupt dadurch, daß ein Zufall seine Leistung unmöglich machte, von derselben freigeworden wäre. Das will der Ausdruck bezeichnen: mora perpetuatur obligatio. Geht daher die Sache völlig zu Grunde, so muß der ganze dadurch dem Kreditor zugegangne Verlust vergütet werden. Der Vernunftgrund dieser strengen Verpflichtung läßt sich nicht leicht abläugnen. Außerdem, daß die Widerrechtlichkeit des Debitor, welche in der Dilation der Erfüllnng liegt, schon an sich zur Ausgleichung der dadurch verursachten Beschädigungen verpflichtet, muß auch selbst da, wo ein bloser Zufall den Schaden stiftete, diese Zögerung als der Grund desselben angesehen werden, da ohne sie, und wenn die Erfüllung geschehen wäre, der Zufall nicht hätte eintreten oder vielleicht von dem Andern abgewandt werden können. Doch erfordert natürlich das Rechtsprincip, „daß ich dem Nichts zu ersetzen habe, den ich nicht ärmer gemacht habe," daß darauf Rücksicht genommen werde, ob die Sache auch bei dem

Gläubiger ebenfalls zu Grunde gegangen wäre; natürlich muß der Schuldner aber diese Behauptung beweisen können; auch beim Dieb und gewaltsamen Besitzer tritt dieses Princip ein, er haftet zwar wie der debitor morosus schlechthin, denn nicht seine mora nach der gewöhnlichen Ansicht, sondern rein nur das Delikt wird geahndet; eine Folge dieses Deliktes ist dann natürlich, daß er sich in mora des Wiedergebens befindet, und nun er auch die Strafen der mora zu leiden hat; aber wäre die gestohlne Sache auch beim Eigenthümer zu Grunde gegangen, so hat ja nicht er, sondern der casus denselben ärmer gemacht, den er nun, falls er dieses beweisen kann, natürlich nicht mehr zu ersetzen braucht, abgesehen von etwa außerdem den Diebstahl treffenden Strafen. Ebenso in der Vernunft gegründet aber ist die Folge der mora, daß der Schuldner, der sie sich zu Schulden kommen ließ, dem Gläubiger die etwaigen Früchte, Verzugszinsen und das übrige Interesse ersetzen muß, denn das Entbehren der Früchte eines Grundstückes, der Zinsen eines Kapitals und dergleichen, ist ein Schade, welcher dem Gläubiger durch Widerrechtlichkeit des Schuldners zugeht. Was den statt der schuldigen Sache zu leistenden Werth anbelangt, so scheint das Natürlichste, daß man ihn allgemein nach dem Anfangspunkt der mora bestimmt, der entweder ein schon früher bestimmter ist, indem von den Parteien ein bestimmter Termin zur Erfüllung festgesetzt ist, oder in dem Momente entsteht — quo res petita est. — Also würde der Werth zu ersetzen, den die Sache in dieser Zeit hatte, und dies der Maaßstab seyn. Allein es ist leicht möglich, daß bei nicht unmittelbar hierauf erfolgter Leistung, etwa bei einem darüber entstandnen Rechtsstreite, zwischen diesem Anfangspunkte und der erfolgten wirklichen Verurtheilung die Sache einen weit höhern Werth bekomme, und es wäre doch unbillig, den Gläubiger auch nur einen Moment den durch Widerrechtlichkeit seines Schuldners erfolgten Schaden tragen zu lassen, demnach bildet sich die natürliche Regel, daß der säumige Schuldner den höchsten Werth zu erstatten habe, den die Sache zwischen dem Anfangspunkte der mora und dem richterlichen Urtheile hatte.

Eben so natürlich ist, daß der säumige Schuldner für das geringste Versehen verantwortlich ist, und der Gläubiger durch die mora des Schuldners das Recht erhält, von einem Vertrage abzugehen, der ihm eben durch diese mora unnütz geworden, und manchmal bei

alternativen Verbindlichkeiten ein Wahlrecht erhält, das sonst dem Schuldner zukam.

Alle andern etwaigen Nachtheile für den Schuldner sind nicht unmittelbare Folgen der mora, sondern Nachtheile, die durch besondern Vertrag von den Parteien für den Fall einer mora festgesetzt werden müssen.

§. 104.

b) Nach römischen Gesetzen.

Das Wort mora stammt nach Cujacius [1]) von dem griechischen μωρα, indem das ω in ο verändert wurde. Bei nichtjuristischen Schriftstellern heißt mora überhaupt so viel als ein Aufschieben, Verzögern, Verzug, wofür denn auch sonst die Worte temporis dilatio, exspectatio, prolatio, tarditas, procrastinatio, frustratio gebraucht werden. [2]) Die Juristen gebrauchen als gleichbedeutend mit mora auch das Wort frustratio [3]), dann mora dilationis [4]), und cessatio. [5])

In früherer Zeit läugnete man überhaupt die Möglichkeit, eine Definition der mora in juristischem Sinne zu geben, aber mit Unrecht, denn man verwechselt die Begriffsbestimmung mit der Frage, wann eine mora als vorhanden anzunehmen sey; denn nur davon spricht fr. 32. de usuris (22, 1.), worauf sich jene Zweifel gründen. [6]) Bald jedoch wurden eine Menge Definitionen versucht [7]), deren neuere der Sache nach ziemlich übereinkommen. Wir halten uns an folgende Definition: »mora im juristischen Sinne ist die

1) Comment. ad lib. 37. Paul. ad Ed. fr. 26. solut. matr. I. p. 1346.

2) Gefsner, thesaur. voc. mora, tom. II. p. 329 u. voc. frustratio t. I. p. 753.

3) fr. 3. §. 4. de Usur. (22, 1.) fr. 37. in fine mand. (17, 1.).

4) Vergl. Chr. Fr. Meister, dissert. de not. jurid. morae, in opusc. t. I. No. 2. u. Const. 18. Cod. Theod. de annon. et trib. (11, 1.)

5) fr. 17. de usuris. proem.

6) Ferretus libellus de mora c. 1. Arumaeus de mora comment. cap. 3. no. 2. Coccej. Exerc. cur. t. I. pag. 795. n. 2.

7) v. Madai, über die mora, auf dessen Werk wir uns in allem Folgenden beziehen. S. 4. ff. u. Not. 10—22. Eine Kritik dieses Werks gibt F. A. Schilling in Richters krit. Jahrb. 1838. S. 218—288. Roßhirt in s. Zeitschrift II. 1. S. 1 ff., besonders S. 16—33. Vergl. Fritz, Erläutr. II. 1. S. 324 ff. Bei v. Madai, Vorrede S. V bis XIV. Die Litteratur dieser Materie.

schuldvolle Verzögerung der Erfüllung einer Verbindlichkeit, zu der man rechtlich verpflichtet war. Die Richtigkeit dieser Definition bestättigen wir durch die Bewährung der in ihr liegenden vier Momente, als einmal das Vorhandenseyn einer Verbindlichkeit überhaupt, dann der rechtlichen Verpflichtung zu ihrer Erfüllung, ferner der Verzögerung dieser Erfüllung, d. h. des Nichterfüllens zur gehörigen Zeit, endlich der Widerrechtlichkeit der Zögerung.

§. 105.

Daß ohne eine vorhandne Verbindlichkeit keine **mora** möglich sey, ist durchaus in sich selbst klar, und natürlich kann dem keine Verzögerung einer Leistung zur Last fallen, der überhaupt keine Obliegenheit hat, etwas zu leisten. So ist denn außer einem bestehenden Obligationsverhältnisse eine **mora** gar nicht denkbar, und wo keine **obligatio** ist, oder dieselbe wirklich aufhört, ist auch überall keine **mora** oder sie cessirt.

Auch das liegt wohl am Tage, daß ein Rechtsgrund vorhanden seyn muß, aus welchem die Erfüllung dieser Verbindlichkeit in Anspruch genommen werden kann. Ist die Verbindlichkeit der Art, daß sie gar keine rechtliche Forderung überhaupt erzeugt, oder wird die Erfüllung unter Umständen begehrt, welche die rechtliche Forderung verhindern oder nicht zulassen, so kann gleichfalls von einer **mora** nicht die Rede seyn. So gilt daher der Satz: **ubi nulla est actio non intelligitur mora fieri.** Das steht auch deutlich in den Gesetzen — **fr. 88. de R. J. (50, 17.).** Die erläuternde Stelle, aus welcher diese Regel genommen ist, enthält das **fr. 127. de V. Obl. (45, 1.)** ein Bruchstück des nämlichen **Scaevola** aus demselben Buche seiner Quästionen. *)

Unbedeutend sind die Einwendungen, die man dagegen machen

*) Siehe **Hommel, Palig. tom. II. p. 460. Cujac. ad fr. 88. de R. J. Gothofr. Jac. eod. l.** „id est inanis, ubi *juste* peti non potest seu exigi“ setzt Godefroi zu dem *nulla* der Regel 88; daß hier unter petitio nicht interpellatio oder conventio verstanden werden könne, sondern actio erhellt aus **fr. 127. de V. O.** Siehe **Hugo Donellus Comment. ad tit. Dig. de V. Obl. fr. 127. in ed. Francof 1577. Fol. 239. No. 8,** und in **tract. de mora p. 65. cap. 2.** Zu fr. 88. cit. sagt **van Leuwens** Note: **ex obligatione petitio, ex petitione mora nascitur; ideoque ubi nulla obligatio ibi nulla petitio: ubi nulla petitio ibi nulla mora etc.**

könnte; so widerspricht es jener Regel nicht, wenn es öfters heißt, wo keine petitio, kein petere sey, finde doch oft eine mora Statt; denn petitio oder petere geht dort auf ein Faktum, während es hier stets das Recht ausdrückt, und für interpellatio steht, ohne welche ausnahmsweise doch, wie wir hören werden, eine mora Statt findet. Mit eben so wenig Grund kann man Const. 5. Cod. de contr. stip. (8, 38.) fr. 115 §. ult. de V. O. (45, 1.) als widersprechend anführen. Die Const. 5. giebt selbst ausdrücklich als die Ursache der zu leistenden stipulirten Strafe die eingetretne condictio an, und bezieht sich darum nicht auf die mora. fr. 115. aber enthält den Fall, in dem wirklich eine actio angestellt werden konnte, mithin auch eine mora begangen. *)

Auf gar mancherlei Weise kann die Verbindlichkeit zur Erfüllung einer Obligation verletzt werden. Die mora aber begreift nur Eine von diesen Verletzungen, nämlich die, welche entsteht, wenn nicht zur rechten Zeit geleistet wird, d. h. die mora ist eine Zögerung, ein Verzug. So ist denn ein Nichterfüllen am gehörigen Orte, ein Andersерfüllen in Ansehung der zu leistenden Objekte oder Handlungen nie eine mora, und sobald nur zur rechten Zeit erfüllt ist, kann nie von einer mora die Rede seyn. Dies bezeugt schon die Bedeutung des Wortes an sich, dies enthalten die Gesetze. fr. 17. pr. u. §. 1. fr. 21. de Usur. (22, 1.) Const. 3. Cod. in quib. caus. in integr. rest. (2, 41.).

§. 106.

Wir kommen zur Untersuchung des weit schwierigeren Punktes, ob und in wie weit etwas Widerrechtliches zu dem Daseyn der mora erforderlich sey, oder ob in der mora eine culpa des Verpflichteten liegen müsse, wenn man von einer mora in juristischem Sinne reden will.

Schömann läugnet dieses, wenn er in seiner Lehre des Schadensersatzes (S. 13. ff.) sagt: „Schon aus der allgemeinen Darstellung der mora in unsrer Gesetzgebung erhöben sich gegründete Zweifel dagegen, daß die mora sich auf dolus oder culpa gründe.

*) Vergl. Cujac., Donell. u. Gothofr. l. c., noch besonders Donell. ad fr. 115. d. V. S. no. 30. fol. 226. u. Cujac. in lib. II. Quaest. Papin. in ed. Lugd. Tom. IV. p. 47.

Einmal bedürfte es hiernach nicht der vielen besondren Fragmente, ja eines eignen Titelabschnittes über die Bestimmung der Widerrechtlichkeit der Zögerung, indem sie alsdann nur nach den in unserm Gesetzbuche ohnehin weitläufig erklärten Verhältnissen der culpa zu beurtheilen wäre." Darauf antworten wir, daß dieser Einwurf der unbedeutendste ist, der gemacht werden kann. Allerdings bedarf die Lehre von der mora mehrerer Fragmente, ja eines eignen Titels, dessen Entstehungsgrund ohnehin aus seiner Verbindung mit dem ganzen Titel erhellt: denn von der Bestimmung der Widerrechtlichkeit handeln doch nicht alle Fragmente, oder der ganze Titelabschnitt, wie die Worte Schömann's sagen. Wenn gleich jeder mora eine culpa zum Grunde liegt, so ist doch die mora deßwegen selbst keine culpa, und nimmt, indem sie auf Verletzung der Verbindlichkeit durch Nichterfüllung innerhalb der gehörigen Zeit geht, eine so ganz eigenthümliche Natur an, daß es vielmehr auffallend wäre, wenn sie die römischen Juristen nicht ausführlich behandelt hätten. Der eigne Titelabschnitt rührt aber natürlich weder von diesen selbst her, deren blose Fragmente gesammelt sind, noch ist es schwierig einzusehen, wie er aus den Händen ihrer Kompilatoren hervorgieng. *) Dabei wollen wir nur noch bemerken, wie seltsam es wäre, daß gerade hier, in dem eignen Titelabschnitte, nicht eine einzige Stelle eingeschaltet worden, welche klar und deutlich, wie es in andern Fragmenten der Fall seyn soll, ausspricht, daß eine mora juristisch ohne culpa gedacht werden könne.

„Zum Andern, fährt Schömann fort, spricht es laut gegen die

*) Vgl. überhpt. Donell. de usur. in proem. in oper. prior. Francof. ad moen. 1589. p. 1. Cujacius, Paratitla ad Dig. lib. 22. tit. 1. II. p. 29. idem ad Afric. fr. 8. ad fr. 37. II. p. 2053. ad fr. 23. D. de V. O. Quaestiones Papiniani. lib. 10. ad fr. 17. de cond. furt. Vergl. Brissonius voc. mora. Bargalius in tract. de dolo, l. 5. c. 22. Saporta tract. de mora c. 1. no. 5. Gothof. ad fr. 63. de R. J. und in dissert. de mora §. 1, 2. Noodt in lib. 3. de foen. et usur. c. 9. Franscisc. Hottomann, observ. lib. II. cap. XII. de mora ejusque partibus. Westenberg princ. jur. sec. ord. D. lib. XXII. tit. 1. §. 84. Glück, ausführl. Erläutr. §. 32. Bch. 2. tit. 14. de pactis. Thibaut, Syst. d. P. 8te Aufl. §. 98. v Wening Ingenheim. 5te Aufl. Bd. II. (§. 101.) Mackeldey, 11te Auflage. D. Roßhirts Anmerkung, n. k. zu §. 345. H. Ratjen de mora, p. 7—9. Lotz, de morae initio. p. 20—38. Mühlenbruch, Pand. Recht. II. §. 355 ff. Roßhirt, gemeines Civilr. II. Bd. §. 358 ff. Unterholzner, Schuldverhältn., herausgeg. v. Huschke. S. 107 ff.

Ansicht unsrer Rechtsinterpreten, daß die Fragmente der römischen Juristen über mora nie eines bestimmten Grades der culpa gedenken, sondern immer schlechthin sagen, cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quominus, welche Ausdrücke sämmtlich nicht nur auf jedes geringste Versehen, sondern sogar auf einen in der Person des Morosen sich ereignenden Zufall, der ihn am Leisten oder Annehmen hinderte, bezogen werden können."

Hier behauptet er, die Ausdrücke »cum per debitorem seu creditorem steterit, cum per eum mora fuit, cum per debitorem factum fuit, quominus etc., die häufig als eine Umschreibung der mora vorkommen, bezeichneten nicht sowohl die schuldvolle, sondern auch die zufällige Verhinderung des Schuldners oder Gläubigers; allein die mora fällt weg, sobald die Verzögerung durch zufällige Umstände, sey es in der Person des Schuldners oder Gläubigers oder Beiden veranlaßt wird, d. h. daß eine mora nur bei schuldvoller Verzögerung anzunehmen sey. Daß die Ausdrücke per debitorem stat. etc. eine dem Debitor oder Kreditor zurechenbare Schuld bezeichnen, ergiebt sich aus fr. 23. §. 1. D. de oper. libert. (38, 1.). Dies v. Madai's Widerlegung Schömann's, der wir ad verbum folgten. [1]

§. 107.

Die mora wird gewöhnlich eingetheilt in mora regularis und irregularis [2]. Besser hätte man sie gleich mora ex re und ex persona [3] genannt. Noch dazu verwechselte man erstere häufig und nannte diejenige mora, welche von Gesetzen und Regeln entspringt, eine irregularis und umgekehrt. Gesetzlich begründet ist die Eintheilung in mora ex persona und ex re. Sie gründet sich auf fr. 23. §. 1. fr. 38. §. 1. de usuris (22, 1.). fr. 5. de minor. (4, 4.) fr. 26. §. 1. de fideic. libert. (40, 5.) fr. 3. §. 2. de adim. legat. (34, 4.) Const. 7. Cod. de cond. ob turp. caus. (4, 7.) Const. 2. Cod. in quib. c. in integr. (2, 41.).

1) Vergl. Thibaut, §. 82. Note a. und fr. 137. §. 4. de V. O. (45, 1.) v. Madais weitre Ausführung der Beweise, S. 13 ff., nebst Würdigung der Ansicht Fabers in Errores Pragmatic. Dec. 22. error. 5.

2) Molinaeus in tract. de Usur. quaest. 40. Romuleus de mora no. 9, Borch de V. Obl. c. 7. no. 10.

3) fr. 32. de Usuris. Menoch arb. jud. quaest. 22. no. 5.

Die mora ex persona bildet die Regel, die ex re die Ausnahme, indem die mora ex persona diejenige mora bezeichnet, in welche der verfällt, welcher der Aufforderung zur Leistung, welche in der Regel nöthig ist, keine Folge leistet. Nur ausnahmsweise tritt die mora ohne besondre Mahnung, mit der blosen Unterlassung der Erfüllung zur rechten Zeit ein, was mora ex re bezeichnet. Freilich vertritt hier das Gesetz die Stelle des Mahnenden. Die mora ex re theilt man noch in eine mora, quae favore contrahitur, zu Gunsten bestimmter Verhältnisse, und in mora, quae odio nascitur, deren Folgen bei besondern Delikten eintreten.

Nach der Person des Morosen theilt man die mora in mora solvendi seu debitoris und in mora creditoris seu accipiendi, und nach dem Gegenstande der Obligation in mora in dando und in faciendo. [1])

§. 108.

Da bei der mora creditoris seu accipiendi von einem Schadensersatze nicht leicht die Rede seyn kann [2]), sondern vielmehr die Veranlassung dazu vermindert wird, indem der Schuldner nur noch für dolus und culpa lata haftet [3]), so beschäftigen wir uns hier nur mit der mora debitoris seu solvendi. Nur im Allgemeinen bemerken wir noch, daß die mora creditoris ebenso wie die debitoris wesentlich eine culpa voraussetzt [4]) und zu ihrer Begründung eine gehörige Oblation von Seiten des Schuldners und Nichtannahme von Seiten des Gläubigers ohne gehörigen Grund, erfordert wird.

I. Mora solvendi ex persona.

Von Seiten des Schuldners wird der Verzug (mora solvendi) in der Regel durch eine vorhergegangne Mahnung herbeigeführt (mora ex persona), ausnahmsweise aber auch ohne dieselbe durch das Gesetz (mora ex seu in re). [5])

---

1) Weitre Eintheilungen bei v. Madai, S. 25. ff.

2) Hänel, vom Schadensersatz, §. 69.

3) fr. 17. de per. et commod. (18, 6.) fr. 9. solut. matr. (24, 3.)

4) fr. 37. in fine mandati (17, 1.). v. Madai S. 227. ff.

5) fr. 32. pr. de usuris. **Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, i. e. si interpellatus opportuno loco non solverit.**

Die Mahnung, welche hinreichend ist, wenn der Schuldner nur wirkliche Kenntniß davon erhält (interpellatio) kann von dem Gläubiger gerichtlich und außergerichtlich [1]), einmal [2]) oder wiederholt geschehen. Sie kann wirksam durch den Gläubiger selbst oder durch seinen Prokurator, welcher zur Empfangnahme der Zahlung oder speciell zum Mahnen beauftragt ist, vorgenommen werden (fr. 24. §. 2. de usuris), auch durch seinen negotiorum gestor, der eine besondre Geschäftsführung für den Kreditor bereits ausgeübt, und in Folge dessen den Debitor mahnt. [3]) Diese Mahnung geht wirksam in der Regel nur an den Debitor selbst; nur bei der Mahnung an den Pupillen muß diese auch an den Vormund desselben geschehen, damit sie wirksam sey, nach fr. 24. D. de V. O. (45, 1.) fr. 5. §. 30. ut in possess. (36, 4.) Ebenso bei allen Innungen und dergl., die nach dem Gesetze der Minderjährigen gleichgeachtet werden, muß sie an ihre Vorsteher gehen. Auf den Erben geht die mora seines Erblassers über, d. h., er muß nicht mehr besonders gemahnt werden, um in mora zu kommen. fr. 8. §. 1. de legat. II. [4]) Zur Begründung der mora eines Expromittenten muß nothwendig eine neue Mahnung erfolgen. [5])

§. 109.

Die Frage, ob wohl ein besondrer Ort zur Wirksamkeit der Mahnung erfordert werde, etwa der Ort, an welchem der Debitor auf Erfüllung gültig belangt werden könne [6]), ist wohl mit v. Madai dahin zu beantworten, daß auch die an einem unpassenden Orte vorgenommene Mahnung mora debitoris begründen könne, sobald sie ihm nur zur Kenntniß kommt. Hinsichtlich der Zeit ist anzunehmen, daß vor der Fälligkeit der Forderung eine Mahnung nicht gültig vorgenommen werden könne, mithin diese Mahnung bei Eintritt der Fälligkeit wiederholt werden müsse. [7]) Die Mahnung darf übrigens

---

1) fr. 5. de reb. cred. (12, 1.) fr. 32. proem. u. §. 1. de usur. fr. 23. de V. O. (45, 1.) fr. 20. §. 11. de pet. hered. (5, 3.) fr. 26. solut. matr. (24, 3.) Vgl. Roßhirt, Zeitschr. III. No. 1. S. 19. Mühlenbruch a. a. O. §. 355.

2) v. Madai, S. 48.

3) v. Madai, S. 51. Ratjen, S. 3.

4) v. Madai, S. 60.

5) v. Madai, S. 60. ff.

6) Glosse ad fr. 32. pr. de usuris.

7) v. Madai, S. 43.

ihre Wirkung nicht durch ausdrückliche oder stillschweigende Zurücknahme wieder verloren haben (fr. 32. §. 1. de usuris.). Auch darf keine rechtmäßige Ursache der geschehenen Verzögerung existiren, sonst wird die Mahnung nicht wirksam. fr. 105. de solut. (46, 3.) fr. 91. §. 1. V. O. (45, 1.) fr. 23. fr. 21. de usuris. Die Rechtmäßigkeit der mora debitoris kann darin bestehen, daß sie ihm nicht zugerechnet werden kann, wenn ihm eine gültige Einrede zusteht und er bona fide sich in den Rechtsstreit einläßt. *) Hier weis auch das römische Recht nichts von einer mora, welche durch die Litis Contestatio begründet werden soll. Der Grund der entgegengesetzten Behauptung liegt vermuthlich darin, daß man sah, mora und L. C. hätten eine Hauptwirkung miteinander gemein, nämlich die zu geschehende Vergütung der Früchte, weßwegen man also gleich auch bei der L. C. die mora annahm In den Gesetzen steht dies nicht. Wir bestättigen unsre Meinung dadurch, a) daß wir uns auf den Satz beziehen, der Schuldner sey nicht in mora, wenn er glaubt, nicht zur Leistung verbunden zu seyn. fr. 5. de reb. cred (12, 1.) fr. 12 u. 13. depos. (16, 3.) fr. 42. de R. J. Damit verträgt sich die entgegengesetzte Meinung durchaus nicht. Der Debitor kann sich ja in diesem Glauben auf die Klage einlassen und wird also eben deßwegen nicht in mora seyn, bis nicht res judicata vorliegt. b) Die Hauptwirkung der mora äußert sich darin, daß der Morose die Gefahr der Sache trägt, eine allgemeine Regel nach fr. 23. de const. pec. (13, 5) fr. 90. de her pet. (5, 3.) fr. 15. §. 2. de rei vend. (6. 1.) Nun sagen aber fr. 40. proem. de her. pet. (5, 3.) fr. 8. de re judic. (42, 1.) u. fr. 16. proem. de rei vend (6, 1.) ausdrücklich, daß mit der Einlassung auf die Klage diese Wirkung nicht entstehe, also natürlich auch keine mora begründet werde, welche doch das Tragen der Gefahr in sich begriffe. Alle übrigen dagegen angeführten Stellen lassen sich leicht damit vereinigen, wenn man nur nicht, wo wegen der L. C. eine Wirkung aufgeführt wird, die auch der mora eigen ist, deßwegen gleich auf das Vorhandenseyn der mora selbst fälschlich schließt. Vergleicht man endlich fr. 82. §. 1. de V. Obl. (45, 1.)

*) Mühleubruch a. a. O. §. 355. Folgt ein nachtheiliges Erkenntniß, so treffen ihn wohl die später eingetretnen Folgen der mora. fr. 88. de R. J.

mit fr. 16. de R. v. (6, 1.), so läßt sich jeder Zweifel darüber heben. Es ist nämlich im ersteren Fragmente davon die Rede, daß wegen der mora debitoris der Sklave gestorben und darnach ein Rechtsstreit entstanden sey, moram facere intelligitur, qui maluit litigare, quam restituere.

§. 110.

Eben so wenig kann die mora für den Debitor nachtheilige Folgen haben, wenn er sie zum Zweck seiner Sicherstellung z. B. durch verlangte Zuziehung von Zeugen veranlaßt; fr. 21. de usuris. fr. 22. eod., weil z. B. er nicht einmal genau weis, ob er nicht zu viel zahle. [1])

Wird vom Schuldner gar nicht erfüllt, so war die Erfüllung der Obligation entweder absolut unmöglich; hier wird nach v. Madai unterschieden, ob diese absolute Unmöglichkeit z. B. Untergang der versprochenen Species, nach eingetretner mora des debitor sich ergiebt, wo dann der Debitor natürlich nicht frei wird mit der unten auszuführenden Ausnahme, oder vor der mora, wo derselbe frei wird in der Regel, wenn ihm keine culpa beigemessen werden kann, mithin entsteht für ihn aus der ferneren Weigerung der Erfüllung keine mora. (fr. 5. de reb. cred. (12, 1.))

War die Unmöglichkeit der Leistung nur relativ, so wendet dies die mora mit ihren Folgen nicht von dem Schuldner ab. fr. 127. §. 4. de V. O. (45, 1.). Ebenso hört die Nichterfüllung auf eine mora zu seyn, sobald sie dem Debitor nicht als Schuld angerechnet werden kann. [2])

Bei der gerichtlichen Mahnung durch Anstellung der Klage beginnt die mora mit dieser; bei der außergerichtlichen ist bestritten, ob die mora erst nach Ablauf eines modicam tempus nach erfolgter Mahnung beginne, oder sofort. Faktisch wird wohl immer dem Schuldner eine kleine Frist bewilligt werden, allein von einer gesetzlichen Nothwendigkeit dieser Bewilligung ist überall nicht die Rede, und geht das periculum sofort nach erfolgter Mahnung auf den Schuldner über. [3])

---

1) fr. 99. de R. J. Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat.

2) v. Madai, S. 81. No. 3. Die einzelnen Fälle.

3) v. Madai, S. 84 ff. Mühlenbruch a. a. O. §. 355. Der veranlassende Grund der Zögerung kommt in Betracht.

§. 111.

II. Mora solvendi ex re.

Mora ex re bezeichnet, wie bemerkt, die Fälle, in welchen durch gesetzliche Vorschrift der Debitor für die durch die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit entstehenden nachtheiligen Folgen sofort einzustehen verpflichtet wird; sie beginnt überall, sobald der Schuldner den durch das Gesetz vorgeschriebenen oder durch das Verhältniß selbst gegebnen Termin der Erfüllung nicht beachtet hat. Sie tritt also ipso jure ohne besondre richterliche Erklärung ein, da sie schon immer vor derselben vorhanden ist. Vergl. (fr. 19. D. de vi. (43, 16.) Const. 12. Cod. de contrah. et committ. stipul. (8, 38.) Auch wirkt sie so lange fort, als die mora überhaupt vorhanden ist, in der Regel also bis zur Erfüllung der obligatio.

Ohne Mahnung tritt also die mora mit ihren Folgen ein:

A. Wenn der durch Gesetz oder besondre Bestimmung der Parteien festgesetzte Erfüllungstermin (dies interpellans) bereits eingetreten ist. Dies interpellat pro homine heißt die Regel. C. 31. de R. J. in VI. Eum qui certus est certiorari amplius non oportet. fr. 5. D. de reb. cred. (12, 1.) fr. 4. §. 4. de lege comm. (18, 3.) Const. 10. Cod. de action. E. (4, 49.) cap. 4. X de locat (3. 18.) Const. 12. Cod. de contr. et committ. stipul. (8, 38.) fr 33. D. de V. O. (45, 1.) fr. 135. §. 2. eod. fr. 114. eod. fr. 47. de act. emti. (19, 1.) fr. 5. pr. de oper. publ. (50, 10.) Diese Regel gab von Alters her großen Stoff zu Streit. *)

B. In besondern Fällen wird theils als Begünstigung (mora ex re quae favore nascitur), theils aus strengerer Beurtheilung

---

*) Vergl. Donellus comm. j. c. l. XVI. c. 2. Noodt de usuris lib. III. c. 10. Ratjen l. c. l. I. §. 5. 8. Gegen die Annahme der Regel unter Andern Contius tract. de diversis morae gener. cap. IV. von ihm v. Madai, S. 88. ff. In neuerer Zeit Neustetel im Archiv für civilistische Praxis. Bd. V. No. 8. und v. Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. IV. 5. Ihn widerlegt Thibaut im Archiv für civ. Praxis. Bd. VI. Hft. 1. No. 2. v. Schröter verwirft die Regel in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Bd. IV. Hft. 1. No. 5. Abermal. Begründung durch Thibaut im Archiv. Bd. XVI. Hft. 2. No. 7. Vergl. Gesterding, Nachforsch. 5. Thl. S. 58—80. Beckendorf: dies interpellat. pro homine. Heidelb. 1835. Puchta, Gewohnheitsrecht. 2. Bd. S. 77, 78. Fritz, zu v. Wening Ingenheim. 3. Bd. §. 242. ad Note c, d. Ueber die Mittelmeinungen siehe v. Madai S. 132 ff. Mühlenbruch a. a. O. §. 355. Note 8.

(mora ex re quae odio nascitur) die mora mit ihren Wirkungen auch ohne vorhergehende Mahnung als mora ex re angenommen.

I. Zu den Fällen der mora ex re quae f. n. gehört einmal die Begünstigung der Minderjährigen als Gläubiger bei jeder aufgeschobenen Zahlung ihres Schuldners. [1]) v. Madai beschränkt diese Begünstigung blos auf Fideikommisse, Legate und bona fidei Kontrakte; da wir gar keine stricti juris negotia mehr haben, so ist dies weniger wichtig. [2]) — Da diese Begünstigung ihren Grund nur in der Minderjährigkeit hat, so hört sie auf mit derselben, selbst wenn die Obligation noch fortdauert, fr. 87. §. 1. de legat. II., in der Art, daß nach erlangter Volljährigkeit durch die Mahnung eine mora und dadurch natürlich ex persona begründet werden muß.

Mit Unrecht dehnt man diese Begünstigung auch auf die Kirche, milde Stiftungen und dergl. und auf den Fiskus aus. [3])

Eine einzelne Ausnahme verordnet die Nov 131, c. 12, daß, wenn Jemand ein legatum ad pias causas auferlegt ist, er innerhalb sechs Monaten vom Augenblick der Insinuation des Testaments an, dasselbe entrichten soll, widrigenfalls eine mora ex re vom Tode des Testators an angenommen wird, und er die Früchte und Zinsen von da an herausgeben muß.

Eine fernere Begünstigung spricht das Gesetz aus für die Kinder der fideikommissarisch Freigelassenen, indem bei etwaiger Verzögerung der Freilassung ihres Vaters, in deren Folge sie liberti orcini wurden, was Wirkung einer mora ex persona ist, zu ihren Gunsten eine mora ex re eintritt mit dem Moment, quo libertas deberi coeperit, mit dem Augenblick der Antretung der Erbschaft. (fr. 26. §. 4. de fideicomm. (50, 5.) fr. 26. §. 1. eod. fr. 53. pr. eodem. [4])

Ferner tritt nach den Gesetzen eine Begünstigung der Gläubiger gegen Schuldner ein, welche sich dolose abwesend halten, um einer

---

1) Vergl. fr. 26. §. 1. D. de fideic. libert. (40, 5.) fr. 87. §. 1. de Legat. II. Const. 3. Cod. in quib. caus. in integr. (2, 41.). Const. 5. Cod. de act. emti. (4, 49.) Ratjen, §. 4. v. Schröter a. a. O. S. 154 fg.

2) Thibaut, §. 192. II. Siehe Mühlenbruch a. a. O. §. 355.

3) fr. 16. §. 1. D. de usuris. v. Madai p. 157. ff.

4) v. Madai p. 167. ff. Vergl. Ramos del Manzano de S. C. et Ostt. circa moram in fideic. libert. fact. Meerm. thes. VII. p. 69—42.

Mahnung und der dadurch zu begründenden **mora** auszuweichen. Hier dekretirte der Prätor auf Antrag des Gläubigers auf eine **mora ex re** des abwesenden Schuldners (**mora decretalis**), wenn der Gläubiger nachweiset, daß er den Schuldner nicht mahnen könne. Sobald aber diese Unmöglichkeit wegfällt, tritt seine Verpflichtung, den Schuldner persönlich zu mahnen, wieder ein. (**fr 68. de R. J. (50, 17.)**) **fr. 23. pr. u. §. 1. de usuris.** [1])

§. 112.

II. Zu den Fällen der mora ex re, quae odio nascitur gehört die mora ex re der Diebe und gewaltsamen Besitzer. Die formelle und materielle Unrechtmäßigkeit des Erwerbers durch ihr Delikt, soll von dem Augenblick desselben an, beide in einen der — mora ex re gleichen Zustand versetzen, auch ohne Aufforderung zur Rückgabe, da sie fortwährend die Verbindlichkeit haben, unaufgefordert zurückzugeben. (**fr. 8. §. 1. fr. 20. de cond. furtiv. (3, 1.)** vergl. mit fr. 30. § **1. de jurejur. (12, 2.)**). [2]) **Fur semper moram facit** sagen die Gesetze, das will sagen, in jedem Augenblicke beginnt für ihn eine neue mora, was bewirkt, daß bei der aestimatio der ihm seit der Entwendung wenigst vortheilhafte Moment zu Grunde gelegt werden soll. Den casus tragen sie schon außerdem wegen des Delikts. Der violentus rei alienae possessor wird dem fur gleichgestellt durch **fr. 1. §. 34. de vi. (43, 16.)** Vgl. **fr. 1. §. 35. eod. Basil. T. VII. p. 411.** [3]) **fr. 2. §. 10. D. vi bon. rapt. (47, 8.) fr. 2. § 23. eod pr. Inst. de vi bon. rapt. (4, 2.)**. Hier ist nicht zu übersehen, daß das, was Oben in der Lehre vom casus gesagt wurde, sich auf die Prästation des **casus** bezieht, welche Folge des Delikts, nicht der **mora** ist, nicht aber auf die übrigen Folgen der **mora ex re**, welche bei ihnen hier durch Gesetz begründet wird.

Speciell bestimmen die Gesetze, daß diejenigen, welche das Vieh von den Weiden oder aus Heerden schaarenweise wegtrieben oder entwendeten (abigei), dem fur gleich zu achten seyen, und vom

1) v. Madai p. 224. ff. Glosse ad fr. 2. de nautico foen. (22, 2.)

2) Ueber die Unrichtigkeit der Behauptung, daß jeder malae fidei possessor dem Diebe und gewaltsamen Besitzer hinsichtlich der mora ex re gleichstehe, v. Madai, S. 180. ff.

3) Fabrot. Ausgabe.

Augenblicke der verübten That an, sich in mora ex re befinden, und nicht nur zur Zurückgabe dessen, was sie für die Wiederauslieferung des gestohlenen Vieh's erhalten, verurtheilt seyen, sondern zugleich in Folge ihres Deliktes (Siehe Oben in der Lehre vom casus.) zum Ersatz des zufälligen Schadens, welcher das gestohlene Vieh vom Augenblicke der auch bei ihnen angenommenen mora ex re an betreffen, welche freilich (für den morosus im Obligationsverhältnisse) dieselbe Wirkung hat. Const 7. Cod. de cond. ob turp. caus. (4, 7.) [1])

§. 113.

Wirkungen der *mora debitoris.*

Das Hauptprincip, welches die Wirkungen der mora für den Schuldner begründet, liegt in der perpetuatio obligationis; d. h. der Debitor bleibt in Folge seiner mora, trotz des zufälligen Unterganges des Objektes seiner Verbindlichkeit, nach wie vor verpflichtet; die perpetuatio obligationis bezeichnet also die Fortdauer der Obligation für den morosen Schuldner gegen ihr sonstiges Erlöschen, und dessen Befreiung von Leistung durch Untergang des Objekts der Verbindlichkeit. fr. 107. de solut. (46, 3.). fr. 37. de V. Obl. (45, 1.). fr. 82. §. 1. eod. fr. 24. de usur. [2])

Nicht erst die Folge dieser perpetuatio aber scheint es Uns zu seyn, daß der debitor morosus die Gefahr der Sache trägt, sondern die Wesenheit der perpetuatio obligationis selbst, denn wenn der Schuldner trotz des zufälligen Untergangs des Objekts seiner Verbindlichkeit verpflichtet bleibt, so heißt ja dies eben auch periculum praestat, daher wir dies schon in dem Begriff derselben enthalten glauben. [3]) fr. 40. de her. pet. (5, 3.). fr. 15. §. 3. de R.

---

1) Vergl. fr. 1. pr. de abig. (47, 14.) fr. 1. §. 1. D. eod. fr. 2. eod. v. Madai p. 190.

Ueber mehrere vermeintliche Fälle einer mora ex re vgl. v. Madai, S. 191 ff.

2) Ueber den Einfluß auf die Klage, v. Madai, S. 272 ff.

3) A. M. v. Madai, S. 277 ff. Vergl Wächter im Archiv f. civ. Pr. Bd, V. Abhandl. VI. u. IX. Vergl. hier auch Fr. Hottomann, quaest. illustr. lib. Quaest XXX. naturalis interitus rei post. moram, utrum ad actorem, an ad reum pertineat. Vergl. J. A. Fritz, Erläuterungen zu v. Wening Ingenheim Civilrecht. II. Bd. 1. Hft., S. 325 ff.

V. (6, 1.) fr. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4.) fr. 5. §. ult. de in lit. jur. (12, 3.) fr. 23. de const. pec. (13, 5.) fr. 14. §. 1. depos. (16, 3.) fr. 47. §. 6. fr. 108. §. 11. de legat. I. fr. 23. de V. O. (45, 1.) Doch ist diese Regel dahin zu beschränken, daß der säumige Schuldner vom Schadensersatze frei ist, sobald er beweisen kann, daß die Sache ungeachtet der Ablieferung auch beim Gläubiger würde den Zufall erlitten haben. (fr. 15. §. 3. de R. V. (6, 1.) fr. 14. §. 1. depos. (16, 3.) fr. 14. §. 11. q. m. caus. (4, 2.) fr. 45. de O. et A. (44, 7.)) *)

Das Princip, worauf diese Beschränkung beruht, ist das bereits Oben bei der Lehre vom casus Angegebne: „daß ich dem nichts zu ersetzen habe, den ich nicht ärmer gemacht habe.“ Die Praxis nahm auch immer diese Limitation der Gesetze an, welche vorzüglich klar in fr. 14. §. 1. depos. (16, 3.) enthalten ist. v. Madai will dies Fragment auf einen nicht in mora befindlichen Depositar bezogen wissen; dem steht aber entgegen, daß selbst eine arglistige, muthwillige Zerstörung der Sache eines Andern nicht zum Schadensersatz verpflichtet, wenn die Sache doch auf jeden Fall würde untergegangen seyn. fr. 7, §. 4. q. m. c. (43, 24.). Wenn nun auch die Gesetze, die Oben §. 57 D. angeführt sind, den debitor morosus schlechthin verpflichten, so stellen sie eben nur die Regel auf, daß der debitor morosus in Folge seiner mora den casus trage, und die Ausnahme setzen sie in den eben allegirten Gesetzen ebenfalls fest, so daß wir nothgedrungen dieselbe annehmen müssen, da ihre ratio außerdem in dem angeführten Rechtsprincipe liegt.

§. 114.

Eine Folge, die sich nothwendig aus dem Hauptprincipe ergiebt, ist die Verbindlichkeit des debitor morosus, die etwa post moram gezogenen Früchte herauszugeben, Verzugszinsen zu zahlen, und das sonstige Interesse zu leisten.

Hinsichtlich der Prästation der Früchte ist zu bemerken, daß bei

*) Thibaut, §. 99. I. Andrer Meinung v. Madai, der dies nur für den malae fidei possessor zugiebt, für den es ausdrücklich bestimmt ist in fr. 15. §. ult. fr. 16. de R. V. (6, 1.) fr. 40. de her. pet. (5, 3.) fr. 14. §. 11. quod met. c. (4, 2.) fr. 12. §. 4. ad exhib. (10, 4.) (Oben §. 19. E.) v. Wening Ingenheim. 3. Bd. §. 242. Vgl. Mackelbei. Lehrbuch, §. 346. Mühlenbruch, Pand. Recht, §. 357. Fritz, Erläutr. II. 1. Seite 360 ff.

Obligationen auf ein Zurückgeben der säumige Schuldner vom Beginne der mora an [1]) die von der Hauptsache gewonnenen Früchte mit derselben zurückzugeben habe, gleichviel, ob die mora ex re oder ex persona ist. fr. 17. §. 1. de R. V. (6, 1.) fr. 38. §. 1. de usuris. fr. 38. §. 5. 11. eodem. fr. 1. § 40. de vi. (43, 16.) fr. 8. §. 2. de cond. furt. (13, 1.), [2]) und zwar richtiger nur die percipirten Früchte, [3]) wohl aber der Dieb und gewaltsame Besitzer auch die zu percipirenden Früchte.

Bei Obligationen auf ein Geben und Leisten hat der säumige Schuldner bei stricti juris obligat. nach früherm Recht [4]) gar keinen Ersatz der Früchte zu leisten, später wenigstens vom Augenblick der Litis Contestatio an nach fr. 31. pr. de reb. cred (12, 1.) fr. 3. §. 1. de usuris [5]), mit Ausnahme bei Legaten und Fideikommissen, bei denen man schon vom Beginn der mora an die Früchte zu restituiren hat nach Pauli sent. rec. III, 8. § 4. fr. 8. de usuris. fr. 39. pr. eod. [6]) fr. 18. pr. ad SCt. Treb. (36, 1.) fr. 1. §. 12. ut legat. (36, 3.) fr. 26. de leg. III. fr. 23. de legat. I. fr. 87. §. 1. de legat. II. Bei bonae fidei oblig. muß der säumige Schuldner jederzeit die Früchte vom Augenblicke der mora an entrichten nach fr. 32. §. 2. de usuris. fr. 3. pr. eod.

Verzugszinsen [7]) anbelangend heißt es von ihnen in den Gesetzen: debentur officio judicis ex aequo et bono. Daraus läßt sich aber nicht der Schluß ziehen, daß der Richter auf sie erkennen müsse, der ja nie ultra petita erkennen darf, sondern das ex officio zeigt an, daß die Zinspflicht auf einer Billigkeit beruhe, welche der Richter, wenn gleich nicht ungebeten, berücksichtigen muß. [8]) Ihre Höhe darf die landesüblichen Zinsen nie überschreiten nach fr.

1) Vergl. fr. 1. §. 40. de vi (43,16.). Vgl. Schilling a. a. O. S. 258 ff

2) v. Madai, S. 336.

3) v. Madai, S. 338 ff.

4) fr. 38. §. 7. de usur.

5) v. Madai, S. 343 ff.

6) v. Madai, S. 345. No. 730.

7) fr. 24. dep. (16, 3.) fr. 32. §. 2. de usur.

8) Noodt, de foenore lib. 3. cap. 1. No. 6.

1. pr. de usur. fr. 37. med. eod. fr. 39. §. 1. de leg. I. Nach Justinians Const. 26. §. 1. Cod. de usur. (4. 32.) hat aber der morosus nur 6 pCt. zu bezahlen. Der Reichsdeputationsabschied von 1600, §. 139 hat 5 pCt. festgesetzt.

Diese Verzugszinsen können nur gefordert werden bei bonae fidei Oblig. Die Stellen fr. 19 D. de peric. (18, 6.) fr. 17. §. 4. de usuris. fr. 13. §. 7. de pignerat. act. (13, 7.) fr. 10. §. 3. mandati. (17, 1.) fr. 38. pr. de negot. gest. (3, 5.) fr. 25. §. 1. depos. (16, 3.) Const. 2. Cod. depos. (4, 34.) Const. 13. Cod. de act. emt (4, 49.) enthalten einzelne Fälle hierüber. *) Legate nnd Fideikommisse sind hier den bonae fidei negotiis gleichgestellt. Pauli sent. rec. III. 8. §. 4.

Bei stricti juris negot. können sie nur in Betracht kommen, wenn sie durch einen in die Form der Stipulation gekleideten Vertrag bedungen sind. fr. 24. de praescr. verb. (19, 5.) Const. 3. Cod. de usuris. (4, 32.) Da wir letztere nicht mehr haben, gilt es wohl von allen Geschäften vom Augenblicke des eingetretnen Verzugs an. Ausnahmen davon sind, daß vom Fiskus keine Verzugszinsen gefordert werden dürfen nach (fr. 17. §. 5. de usuris), aus den von ihm selbst eingegangenen Verträgen, wohl aber, wenn er hinterher in den Vertrag eines Privatmanns eintritt; ferner bei Schenkungen unter Lebenden sollen keine Verzugszinsen zu leisten seyn nach fr, 22. de donat. (39, 5.), eben so wenig wie bei gesetzlichen Geldstrafen. Const. 1. Cod. de V. S. (50, 16.)

§. 115.

Daß der debitor morosus das Interesse (omnis causa) zu prästiren habe, da seine Obligation in ihrem ganzen Umfange, so wie sie durch verzögerte Erfüllung erweitert ist, zur perpetua wurde, sagen fr. 17. § 1. de R. V. (6, 1.) fr. 8. §. 6. de precar. (43, 6.) fr. 14. de V. O. (45, 1.) fr. 8. de usur. (22, 1.) fr. 3. pr. fr. 32 §. 2. fr. 38. §. 1, 14. eodem. Sowohl die gewöhnlichen fructus als die causa (Unten bei der Lehre vom Interesse das Nähere.) sollen vom Eintritt der mora an entrichtet werden. fr. 49. §. 1. de leg. I. fr. 14. pr. de usuris.

---

*) v. Madai, S. 360.

Natürlich ist unter Interesse nur der zu ersetzende Schaden zu rechnen, welcher eine gewisse, nothwendige Folge der **mora** war, nicht aber ein Gewinn, der blos möglich, und ein Schade, der vermeidlich war; doch können diese Nebendinge, wenn der Säumige nicht arglistig verfuhr, nach erloschener Hauptklage durch keine besondere Nebenklage eingefordert werden. fr. 61. §. 3. de furt. (47, 2.) fr. 78. de R. J. fr. 129. §. 1. fr. 178. cod. C. 26. Cod. de usur. (4, 32.) Const. 4. Cod. depos. (4, 34.)

Die Ermittlung und Festsetzung des zu leistenden Interesse ist dem richterlichen arbitrium unterworfen. Const. un. Cod. de sent. q. pro eo. (7, 47.) Der Kreditor wird hinsichtlich des Beweises zum Schätzungseide zugelassen, selbst bei jud. stricti juris. fr. 5. §. 4. D. de in lit. jur. (12, 3.), bei denen er freilich eigner Natur ist, wie wir Unten §. 180 sehen werden. Der Reichsdeputationsabschied von 1600, § 139. spricht den Kläger von allem Beweise des Interesse frei, sobald er sich mit 5 pCt. begnügt, den Beweis eines höhern Interesse unbenommen, dessen Ersatz er durch richterliches Urtheil verlangen kann.

§. 116.

Eine fernere Wirkung der **mora**, die aus ihrer Natur hervorgeht, ist die, daß der säumige Schuldner für das geringste Versehen verantwortlich ist. **fr. 17. de per. et commod. r. v. (18, 6.) fr. 14. §. 11. de furtis. (47, 2.)**

Ebenso erhält durch die **mora** des Schuldners der Gläubiger das Recht, von einem Vertrage ganz abzugehen, wenn ihm derselbe durch den Verzug unnütz geworden ist nach **fr. 135. §. 2. de V. O. (45, 1.) Const. 6. Cod. de pact. int. emt. et vend. (4, 54.)**. Gegen die entgegengesetzte Meinung v. Madais beweisen **fr. 24. §. 4. locati. (19. 2.)** u. **fr. 135. §. 2. de V. O.** [3]) Dieser Satz ist schon deßwegen anzunehmen, weil der **morosus** das Interesse zu prästiren hat, und der Gläubiger in seinem Interesse ver-

1) Thibaut, §. 188.

2) Hierüber Unten bei der Lehre vom Interesse.

3) Thibaut, §. 99. II. 5. Dagegen v. Madai, S. 391—396. Vergl. v. Wening Ingenheim, Lehrbuch III. Bch. 3tes Kap. §. 242. u. 4s Kap. §. 254. Note 1. Glück, Kommentar Thl. IV. §. 330. S. 417. Fritz, Erläuterungen, II. S. 366, will dies Recht auf den Miethkontrakt beschränken.

letzt würde, wenn er Etwas, was ihm durch die mora unnütz ward, doch annehmen, und nur sein übriges Interesse liquidiren müßte. Thibaut führt in den Diktaten zu seinem Kompendium das Beispiel an, daß Einer Lampen zu einer Illumination am andern Mittag nach deren Vollzug annehmen müßte.

Ferner erhält durch die mora des Schuldners der Gläubiger bei alternativen Verbindlichkeiten zwar nicht allgemein (fr. 106, fr. 138. §. 1. de V. O. (45, 1.) §. 34. Inst. de act. (4, 6.) fr. 2. pr. de usuris (22, 1.)), aber doch in Einer Rücksicht das dem Schuldner sonst zugestandne Recht der Wahl. Bei jeder oblig. alternativa anzunehmen, daß der Schuldner das ihm dabei im Zweifel zugestandne Recht der Wahl durch blose mora verliere, würde gegen die Gesetze (fr. 106 u. 138. §. 1. cit. etc.) streiten und zur grausamsten Härte führen. Bei der alternativen Festsetzung verschiedner Zahlungsorte wird freilich der Verlust des Wahlrechts in der Regel nicht viel bedeuten. [1])

Der Werth der Sache, welchen der säumige Schuldner auf Verlangen dem Gläubiger leisten muß, wird durch den Verzug erhöht. fr. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.) [2]) Alle andern etwaigen Nachtheile der mora des Schuldners sind nicht unmittelbare Folgen derselben, sondern müssen durch einen besondern Vertrag von den Parteien für den Fall einer mora festgesetzt werden. [3])

§. 117.

Was den Zeitpunkt und Ort der Aestimation anbelangt, so wird nach Thibauts Ansicht, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist, der höchste Werth ersetzt werden, den dieselbe vom Anfange des Verzugs bis zu ihrem Untergange hatte. (fr. 3. de cond. tritic. (13. 3.)). Sonst aber, je nachdem das Geschäft bonae fidei oder stricti juris war, ist der höchste Werth zu erstatten, den die Sache von Anfang des Verzugs bis zum Endurtheil, oder bis zur Einlassung hatte. (fr. 3. fr. 4. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 8. §. 1.

---

1) Thibaut, §. 99. II. 4. Nach fr. 2. §. 2, 3, 4. de eo quid certo loco. (13, 4.) verliert der Schuldner absolut, also auch ohne mora von keiner Seite das Wahlrecht, sobald der Gläubiger in seiner Klage gegen ihn den Ort gewählt hat. Thibaut, §. 654. Dagegen v. Madal, S. 396 ff.

2) Thibaut, §. 99. II. 6.

3) v. Madai, S. 411.

de cond furt. (13, 1.) fr. 3. § 3. de act. E. V. (19. 1.) [1]) Ferner unterscheide man, [2]) ob der zu zahlende Werth durch eigne eidliche Taxe (juramentum in litem) des Verletzten bestimmt wird — oder ob der Richter selbst taxirt. Der erste Fall wird dadurch möglich, daß der Kläger bei actiones arbitrariae oder solchen actiones bonae fidei, die auf ein restituere und exhibere gerichtet sind, den Werth der Sache und sein Interesse durch einen Eid d. s. g. juramentum in litem, schätzt, wenn der zum Restituiren oder Exhibiren angehaltene Beklagte diesem Urtheil entweder aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder verweigert, oder vermöge dolus oder culpa lata nicht nachkommen kann; und daß bei actiones stricti juris, wenn dem Richter die litis aestimatio unmöglich ist, und diese Unmöglichkeit durch culpa des Beklagten herbeigeführt ist, der Richter auch den Eid des Klägers als subsidiäres Beweismittel gebrauchen darf, der dann auch beim damnum injuria datum vorkommen kann. [3]) Dieser Eid aber nun soll nur den Schwörenden zum gerechten Richter in seiner eignen Sache machen, also hat er dieselben Momente zu berücksichtigen, auf welche der Richter zu sehen gehabt, wenn ihm die Entscheidung der Sache übertragen wurde. [4]) Dieser Eid erscheint demnach einer richterlichen Moderation unterworfen. Der Schwörende bekommt also hier die Zeit des Eides zur Gränze, wo der Richter das tempus judicati zur Gränze gehabt hätte, indem ein solcher Eid im Wesentlichen die Stelle des Urtheils vertritt. Beim zweiten Falle, wenn der Richter selbst taxirt, ist zu unterscheiden:

1) Der Schuldner hat den Werth einer Sache zu zahlen, ist jedoch nicht in mora, indem er sie z. B. ante moram vernichtete, oder sich ihre Anschaffung unmöglich machte; ist hier ein Zahlungstag bestimmt, dann richtet sich die Aestimation nach diesem nach fr. 22. de reb cred. (12, 1.) fr. 4. de cond. tritic. (13, 3.); ist aber kein Zahlungstag gesetzt, so kommt es hier auf den Werth am Tage des Untergangs an; doch kann ja hier auch wegen eines

1) Thibaut, §. 99. II. a. u. b.

2) Brauns Erörterungen, §. 113. S. 124.

3) v. Vangerow, Leitfaden §. 171. Anmerkung, stellte diesen wohl allein richtigen Begriff des jur. in litem auf.

4) Schröter, in Lindes Zeitschrift. 7. Bd. 3. Hft. No. 11. 8. Bd. 1. Hft. S. 159—160. Vergl. Unten §. 180.

damni injuria dati die Klage ex lege Aquilia mit ihren Folgen entstehen. — Ist die Sache aber nicht untergegangen, wird also nicht wegen Untergangs der Sache geklagt, sondern deßwegen, weil sich der Schuldner die Sache nicht verschaffte und sie deßwegen nicht liefern kann, oder

2) deßwegen, weil der Schuldner in mora war, und der Gläubiger aus diesem Grunde befugt ist, statt der Sache deren Werth zu fordern, so ist zu bemerken, daß die Praxis den Satz ausgebildet hat, daß der morosus den höchsten Werth bezahlt, den die Sache vom ersten Augenblicke der mora an bis zur Litis Contestatio und von da bis zum richterlichen Urtheil hatte; denn hätte der Kläger in dieser Zeit, wenn er dazu berechtigt war, die Sache besessen, so würde er sie auch in jenem Augenblicke des höchsten Werths besessen und sie vielleicht dafür verkauft haben; unbillig wäre nun, den Gläubiger auch nur einen Moment unter der mora seines Gegners leiden zu lassen.

§. 118.

Der Dieb muß den höchsten Werth prästiren, den die Sache in der Zwischenzeit vom Augenblicke des ungerechten Besitzes an — also von der mora ex re bis zur Restitution oder dem Untergange — gehabt, fr. 8. §. 1. de cond. furt. (13, 1.), da ihn die Gesetze in Folge seines Delikts hierin dem morosus gleichstellen und da für ihn in jedem Augenblicke also eine neue mora beginnt, mithin auch in dem Augenblicke, in welchem die Sache ihren höchsten Werth erreicht hat. Darum richtet sich die Aestimation, deren duplum oder quadruplnm bei der actio furti zu leisten ist, nach dem Zeitpunkte, an welchem die Sache ihren höchsten Werth hatte. fr. 50. pr. de furtis (47, 2.). [1]) Dasselbe kann man auch von dem gewaltsamen Besitzer sagen, da er dem fur auch hinsichtlich der durch sein Delikt eingetretnen mora ex re gleichgestellt wird. [2])

Ist der Gegenstand einer Obligation nach begründeter mora ganz oder theilweise zu Grunde gegangen, mithin die aestimatio vom debitor morosus zu leisten, so ist hinsichtlich des Ortes zu unterscheiden:

1) v. Madai, S. 318. Vergl. Buchholz, jurist. Abhandl S. 382.

2) v. Madai, Seite 319, giebt eine weitläufige Behandlung der Controverse. Vergl. Schilling, S. 254—257. Fritz, Erläutr. II. S. 365.



„Ist von den Parteien selbst ein Erfüllungsort festgesetzt, so richtet sich die Aestimation unverändert nach diesem; fehlt solche Verabredung, so soll bei **stricti juris negotiis** auf den Ort der Klaganstellung, bei **bonae fidei judiciis** aber entweder auf den Ort der Klaganstellung oder den Ort der Abschließung des Vertrags gesehen werden, je nachdem der Gegenstand der Obligation an dem einen oder andern Orte einen höheren Werth hatte. **fr. 22. de reb. cred. (12, 1.) fr. 4. extr. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 3. §. 3. de act. emt. (19, 1.)**

§. 119.

Eine weitre Frage ist, in wie weit dritte Personen aus der **mora** des Schuldners zum Schadensersatze verbunden sind? Wir wollen dieselbe nach v. Madai bei den wichtigsten Geschäften beantworten.

Bei der Bürgschaft.

Der Bürge haftet überhaupt dem Hauptschuldner gleich, wenn nicht eine besondere Beschränkung in dem Vertrage liegt. Daher trifft auch den Bürgen die Verbindlichkeit zur **praestatio periculi** vom Augenblicke der **mora debitoris** nach **fr. 24. §. 1. de usuris. fr. 58. §. 1. de fideijuss. (46, 1.) fr. 88. de V. O. (45, 1.) fr. 58. §. 1 de fideij. (46, 1.)** Es kann jedoch der Bürge jede nachtheile Folge der **mora** von sich abwenden, wenn er seinerseits dem Gläubiger die schuldige Sache offerirt. **fr. 88. de V. O. (45, 1.)** Ebenso haftet er für die Früchte; er hat jedoch für vertragsmäßige Zinsen des Hauptschuldners überall nur zu haften, sobald er ausdrücklich **in omnem causam intercedirte.** [1]) **fr. 54 pr. locati (19, 2.) fr. 58. de fideij. (46, 1.) fr. 2. §. 12. de adm. rer. ad civ. (50, 8.) fr. 56. §. 2. fr. 68. §. 1. de fideijuss. (46, 1.)** Vergl. **fr. 8. de eo quod certo loco. (13, 4.) fr. 68. § 1. de fideij.**

Hinsichtlich der Verzugszinsen des Hauptschuldners, für welche der Bürge haftet, sind **negotia stricti juris** und **bonae fidei** zu unterscheiden. Bei ersteren haftet der Bürge für Verzugszinsen nicht [2])

---

1) v. Madai, S. 418. Vergl. v. Bülow civilrechtl. Abhandl. Thl. 2. XX. S. 177—187

2) Mühlenbruch, Lehrb. d. Pand. II. Thl. §. 436. No. 2.

Bei letzteren nur, wenn er ausdrücklich für Kapital, Zinsen oder in **omnem causam** intercedirte, (**fr. 8. de eo quod certo loco. (13, 4.) fr. 10. eodem.**) oder wenn er völlige Schadloshaltung des Gläubigers versprochen hat. **fr. 54. pr. locati. (19, 2.) fr. 2. §. 12. de adm. rer. ad civ. (50, 8) Const. 5. Cod. de pact. inter emt. etc. (4, 54.)**. Die übrigen Nachtheile der **mora** des Hauptschuldners können nicht auf den Bürgen übergehen, wenn er sie nicht ausdrücklich übernommen hat. — Er kann aber so lange als der **debitor principalis** in Anspruch genommen werden; einer besondern Mahnung braucht es nicht. **fr. 58. §. 1. de fidejuss. (46, 1)**. Der **fidejussor in certum tempus** haftet nur für die Verbindlichkeiten, die **intra certum tempus fidejussionis** entstehen, später hinzugetretene treffen ihn nicht mehr. (**Const. 7. Cod. de locato (4, 65.)**). Ebendarum haftet der **fidejussor in omnem causam** für etwaige Verzugszinsen nur bis zum Ablauf des **tempus fidejussionis**.

Die Fälle, in welchen der Bürge allein eine **mora** begeht, wo es dann, wie bei jeder **mora**, einer besondern Interpellation bedarf, können nach Einführung des **beneficii ordinis** nicht häufig vorkommen, durch das er denn auch den **dies interpellans** von sich abwenden kann. Kommen sie aber doch vor, so treffen den Bürgen allein die Nachtheile der **perpetuatio obligationis**, als der Verbindlichkeit fortan das **periculum rei** zu tragen, unter Umständen Verzugszinsen zu entrichten u. s. w. *)

§. 120.

Bei der väterlichen Gewalt.

Der Vater haftet bei einem Vertrage des **filius familias** aus seiner eignen **mora** für Verzugszinsen nicht. **fr. 32. §. 3. de usuris.** Der Gläubiger hat aber gegen den **filiusfamilias** eine subsidiäre Klage. In Betreff des Hauptgegenstandes der Obligation bleibt aber die **mora** des Vaters nicht ohne Folgen für ihn. Vernichtet er den Gegenstand, so wird der **filius** frei, und gegen den Vater geht eine **utilis actio. fr. 49. pr. de V. O. (45, 1.)** Vergl. **fr. 32. §. 5. de usuris.** Begeht der Sohn allein eine **mora**, so

*) v. Madai, S. 438.

haftet der Vater in subsidium für die de peculio actio (fr. 49. pr. de V. O. (45, 1.) fr. 32. §. 3. de usuris.), oder bei vorangegangenem Befehl durch die actio quod jussu. fr. 91. §. 5. de V. O. Ist die väterliche Gewalt durch emancipatio gehoben, so fällt die Verpflichtung des Vaters aus der mora des Sohnes weg und er haftet nur, wenn er sich ausdrücklich für ihn verbürgt hat. Const. 1. Cod. ne filius pro patre. (4, 13.)

§. 121.

Bei der Vormundschaft.

Mora des Pupillen allein, ohne gleichzeitige mora des Vormunds ist nicht möglich (fr. 127. de V. O. (45, 1.), da der Pupill entweder auctore tutore oder der Vormund allein gemahnt werden muß. *) Die mora des Tutor allein verpflichtet aber jederzeit den Pupillen, fr. 24. de V. O. (45, 1.), wogegen dem Pupillen durch das judicium tutelae nach geendeter Vormundschaft Ersatz gesichert ist. fr. 1. pr. de tutelae (27, 3.)

§. 122.

Beim Korrealverhältniß.

Die mora des Einen correus debendi schadet dem andern nicht. — fr. 32. §. 4. de usuris. fr. 137. §. 2. de R. J. Die Hauptobligation beider correi ist rücksichtlich des ursprünglichen Objekts der Obligation dieselbe, der correus morosus wird aber durch seine mora allein selbst nicht durch den zufälligen Untergang des Gegenstandes frei. fr. 32. §. 4. de usuris. Die Glosse zu fr. 18. de duobus reis (45, 2.) erklärt die socii aus gegenseitiger mora verbindlich. Ueber die Beantwortung dieser Frage aus dem Gesichtspunkte der jetzigen Zeit siehe v. Madai a. a. O.

§. 123.

Bei der Erbschaft.

Die Nachtheile der mora des Erblassers gehen auf den Erben über. fr. 91. §. 4. de V. O. fr. 47. de act. emt. V. (19, 1.)

*) Oben §. 71.

§. 124.

Purgatio morae.

Kein Obligationsverhältniß kann länger wirken, als es existirt, also auch die mora nur so lange, als man sich in derselben befindet; ihre bereits eingetretnen Rechtswirkungen müssen aufhören ferner zu wirken, sobald sie abgewandt worden: was unter gewissen Voraussetzungen und in gewissen Fällen möglich ist; diese Abwendung ist die purgatio morae. [1])

Diese purgatio morae geschieht für den Debitor einmal durch Erfüllung seiner Verbindlichkeit, oder dadurch, daß er sich, falls kein bestimmter Tag gesetzt war, zur Erfüllung bereit erklärt; es bedarf hier überall einer förmlichen Oblation. fr. 73. §. 2. de V. O (45, 1.) fr. 91. §. 3. eodem, so daß bei Weigerung des Gläubigers mora accipiendi entsteht. Diese Oblation kann an den Gläubiger selbst oder diejenigen gehen, welche derselbe zur Annahme bevollmächtigte (fr 11. fr. 12. de pact. (2, 14.) fr. 34. §. 3. de solut. (46, 3.)) und bei solcher Vollmacht bedarf es denn zur mora der Wissenschaft des Principals nicht. [2]) Reelle Oblation kann nur dann vom Schuldner verlangt werden, wenn er nach der Natur seiner Verbindlichkeit die Sache zum Gläubiger hintragen muß. Dies Alles ist aber nur bis zur Litis Contest. zulässig. fr. 73. §. ult. fr. 84. fr. 91. §. 3 fr. 135. §. 2. de V. O. (45, 1.) fr. 17. de const. pec. (13, 5.) fr. 72. pr. de solut. (46, 3.) fr. 23. pr. de recept. (41, 8.) So purgirte der Schuldner hier die schon eingetretne mora pro futuro, er leistet also von da an keine weitern Verzugszinsen — aber die schon verwirkten Nachtheile bleiben unverändert. Dies ist also wirkliche purgatio einer wirklichen mora.

---

1) Samuel Stryok D. de purgatione morae. Frankf. 1667. Schömann, Fragm., S. 66. v. Madai, S. 474. Vergl. Noßhirt gem. Civilrecht, §. 364. Unterholzner, S. 125. I. Bd. Mühlenbruch, §. 358.

2) Thibaut, §. 101. Note q. Die blose oblatio befreit also hier den Schuldner von der Konventionalstrafe und Prästation des casus, wendet die Strafe der mora ab. Es braucht keine depositio. Nur bei den Mündeln wird der Lauf der Verzugszinsen gegen sie nur durch depositio abgewandt als Begünstigung des Pupillen. fr. 1. §. 3. de usuris. fr. 28. §. 1. de admin. tutor. (26, 7.) Vergleiche Thibaut §. 666. und Archiv für civil. Praxis. 5. Bd. 3. Hft. S. 332—337. Bei factis übrigens befreit das Anerbieten von der ganzen Leistung. fr. 39. de R. J. (50, 17.)

Ist aber ein bestimmter Tag gesetzt (**dies interpellat pro homine**), so kann keine eigentliche **purgatio morae** Statt finden, sondern nur ein Abwenden des Anfangs derselben, wenn es in den Gesetzen heißt, daß das Anerbieten und Leisten in einer für den Gläubiger unbedeutenden Zeit dem Schuldner nicht schade (**fr. 23. pr. de recept. (4, 8.) fr. 135. §. 2. de V. O. (45, 1.) cap. 4. X. de locato (3, 18.)**) und daß eine ganz schnelle Nachlieferung den Vorwurf der eigentlichen **mora** und damit auch natürlich ihre Folgen abwende. (**fr. 24. §. 4. locati. (19, 2.) fr. 135. §. 2. de V. O. (45, 1.) cap. 3. X. de locato. (3, 18.)**) Dies ist also keine **purgatio morae**, sondern ein Verhindern ihres Anfangspunktes.

In allen Fällen dieser **purgatio morae** bedarf es keiner Einwilligung des Gläubigers, sie kann sogar gegen dessen Willen geschehen, sobald sie nur der Zeit nach zulässig ist. [1])

§. 125.

Unter Mitwirkung aber des Gläubigers tritt eine **purgatio morae** für den Schuldner ein in folgenden Fällen. Durch Gewährung einer neuen Zahlungsfrist, wodurch jedenfalls **pro futuro** bis zu Eintritt derselben die **mora purgirt** ist, eine rückwirkende Aufhebung der bis dahin schon eingetretenen Folgen der **mora** ist im Zweifel nicht anzunehmen. Ferner durch Novation, wodurch der Gläubiger auch die Ansprüche aus der vom Debitor bisher verschuldeten **mora** aufgiebt. **fr. 8. pr. de novat. (46, 2.)** Solche Novation kann von jedem **debitor morosus**, ja selbst ohne dessen Wissen von jedem Dritten gültig vorgenommen werden. (**fr. 72. §. 2. de solut. (46. 3)**). Auch dem Diebe ist die **purgatio** (einer durch die Gesetze in Folge seines Delikts angenommenen) **mora ex re** durch die Novation gestattet. **fr. 17. de cond. (13, 1.)** [2])

Im Allgemeinen hat auch die bedingte Novation die Folge einer **purgatio morae**. Vergl **fr. 31.** pr. de novat. **(46, 2.) fr. 72. §. 3. de solut. (46, 3.) fr. 72. §. 1. eod. fr. 14.** de novat. [3])

---

1) v. Madai, S. 484.

2) v. Madai, Note 1017. S. 486.

3) Das Nähere v. Madai, S. 487 f.

§. 126.

Treten der Erfüllung rechtliche Gründe entgegen, so hat dies die Wirkung einer purgatio morae. fr. 40. de R. C. (12, 1.) fr. 21, 22, 23. de usuris. Ward die Erfüllung einer Verbindlichkeit eidlich versprochen, so soll der Eid die Befugniß zur purgatio mora nicht aufheben. [1]) Aber wohl schließt der ausdrückliche Verzicht auf die purgatio morae dieselbe aus. (Bei factis befreit das blose Anerbieten von der ganzen Leistung. fr. 39. de R. J.) Durch die purgatio morae hört der debitor morosus auf verpflichtet zu seyn zur praestat. periculi.

Die Präſtation der fructus percepti wird durch die purgatio morae nicht aufgehoben, so lange der Debitor die fremde Sache in Händen hat; eben so muß er stipulirte Zinsen entrichten, so lange er das Kapital hat fr. 7. de usuris [2]) Früher verwirkte Verzugszinsen sind zu entrichten, vom Augenblicke der purgatio aber keine mehr. In Betreff der Rechte des Kreditor aus einem pactum commissorium findet keine purgatio Statt. (fr. 7. de lege commissor. (18, 3.) fr. 6. §. 2. eodem.); die Konventionalstrafe ist verwirkt, hört durch purgatio nicht auf. fr. 23. pr. de recept. (4, 8.) Vergl. fr. 23. de Obl. et A (44, 7.) u. Const. 12. Cod. de contr. et committ. stipul. (8, 38.)

§. 127.

Sind Gläubiger und Schuldner säumig, so hebt sich der gleichzeitige Verzug, und der spätere den früheren auf, mora posterior nocet. fr. 23. §. 4. de rec. (4, 8.) fr. 26. fr. 39. solut. matr. (24, 3.) fr. 51. de act. E. V. (19, 1.) fr. 17. de per. et commod. r. v. (18, 6.) fr. 36. de dolo. (4, 3.) fr. 7. de act. rer. amot. (25, 2.). [3])

§. 128.

C. Totale Nichterfüllung.

Der Fall einer totalen Nichterfüllung ist offenbar von dem der

1) Ferretus tractat. de mora. nr. 58 extr. v. Madai, S. 496.

2) v. Madai, Note 1048.

3) Die Lehre von der Kompensation begründet diesen Satz. Thibaut, System §. 100. Dagegen Hellfeld jur. for. §. 331. Fritz im Archiv für civil. Praxis. 10. Bd. Hft. 1. Not. 6. Mühlenbruch, Pand. §. 374. Not. 5.

Verzögerung auszuscheiden. Er kann eintreten bei der zu leistenden Uebergabe einer gewissen Sache. Hier ist Ersatz zu leisten, **fr. 1. pr. de act. E. V. (19, 1.)**, außer wenn der Schuldner beweisen kann, daß die Sache zufällig zu Grunde gegangen. **fr. 33. de V. O. (45, 1.) fr. 37. eod.** Ferner bei einer versprochenen Dienstleistung, wo die Regel ebenfalls für den Schadensersatz ist. **fr. 13. §. 1. de re judic. (42, 1.)** Eine natürliche Ausnahme bildet der Fall, wenn die Handlung gleich Anfangs unmöglich ist. **fr. 185. de R. J. fr. 137. §. 5. de V. O. (45, 1.)**, oder der Versprechende durch unvorhergesehene Zufälle, als: Krankheit, Kriegsdienst und dergl. an seiner Leistung verhindert wird, wo er natürlich auf jede Gegenleistung zu verzichten hat. *)

§. 129.

Kapitel II.

Schadensersatz als Hauptobjekt der Obligation

Hier sind es wieder zunächst unerlaubte Handlungen bei Gelegenheit von Obligationen, welche eine Obligation auf Schadensersatz allein, oder auch Strafe zugleich begründen, und zwar eigne unerlaubte Handlungen, oder die unerlaubten solcher Personen, für die wir einzustehen haben. Es gilt hier, was Oben über Zurechnung und unerlaubte Handlungen im Allgemeinen schon gesagt wurde. Auch hier ist wieder Regel, daß aus den Handlungen Dritter für Uns keine Verbindlichkeit entsteht **fr. 44. fr. 155. pr. D. de R. R. J. (50, 17.)**. Einen Hauptfall der Ausnahmen hievon bildet die **negotiorum gestio**, dessen Erörterung aber außer den Grenzen unsrer Aufgabe liegt hinsichtlich der erlaubten Handlungen Dritter.

Eine große Frage ist, ob der Principal auch für die unerlaubten Handlungen der Personen hafte, die er zu Betreibung seiner Geschäfte bestellt, wenn diese Personen Jemanden Schaden zufügen. Sehr Viele bejahen diese Frage und stützen sich auf **fr. 1. pr. fr. 12. §. 1. D. de publicanis. (39, 4.) fr. un. §. 6. D. furti advers. naut. (47, 5.)** Wir halten die umgekehrte Meinung für richtiger, daß nämlich der Principal nicht für die unerlaubten Hand-

---

*) Hänel, vom Schadensersatz, §. 68. Vergl. Oben §. 110.

lungen seiner Stellvertreter haftet, wenn er nicht selbst daran Schuld ist. Dafür spricht die allgemeine Regel, daß ein factum tertii nicht schadet, und die bestimmte Entscheidung des römischen Rechts, daß der dominus nicht hafte, wenn er sich nicht auf irgend eine Weise in culpa befinde. Diese culpa kann aber auch in schlechter Auswahl der Leute bestehen. fr. 27. §. 9. D. ad Leg. Aq. (9, 2.) fr. 11. pr. D. locat. cond. (19, 2.) Jene vorhin angeführten Stellen kommen dagegen nicht in Betracht, denn sie reden von Zollpächtern und Gastwirthen, bei denen überhaupt härtere Grundsätze gelten. [1])

§. 130.

I. Aus Handlungen.

A. Obligationen, die blos auf Schadensersatz gehen.

Aus eignen unerlaubten Handlungen.

1) Unerlaubte Handlungen des Richters. — Syndikatsklage. [2])

Vorerst ist hier ein Auge auf die römischen Gerichtsverhältnisse zu werfen und zwischen der Funktion des magistratus (dem jus dicere) und der des judex oder assessor, (judicare) genau zu unterscheiden. Gegen den magistratus, wenn er ein jus novum aussprach, gab es kein andres Rechtsmittel nach dem edictum perpetuum, als daß man in künftigen Fällen sowohl auf den magistratus selbst, als auf dessen Erben und Bürgen denselben unbilligen Rechtssatz, den er gegen eine Person angewandt hatte, auf Verlangen des Verletzten, zurückanwandte, wenn der magistratus mit diesem selbst processirte, und selbst dies nur dann, wenn der magistratus das jus novum aus bösem Vorsatz (dolo) aufgestellt hat. lib. II. tit. 2. D. quod quisque juris in alter. (2, 2.). [3]) Der judex oder assessor hatte die faktische Grundlage des Rechtsstreites zu prüfen und zur Entscheidung vorzubereiten, und konnte

1) Stryck usus modern. Pand. lib. IX, 4, §. 4 — 5.

2) Thomasius, dissert. acad. P. III. Not. 105. Heraldi de rer. judic. auct. lib. I. cap. 7. 8. in Otton. Thes. II. P. 1109. ff.

3) Glück, Kommentar. 3. Bd. §. 210.

durch Unvorsichtigkeit und Nachlässigkeit schaden, fr. 2. D. h. t. (2, 2.) fr. 6. D. de extraord. cogn. (de variis et extraordin. cogn. (50, 13.)), und ward daher für dolus und culpa lata mit seinem Vermögen verantwortlich; litem suam facit. Unsre Richter haften jetzt wie der römische judex. Die deßhalb im römischen Recht (fr. 6. D. de variis et extraordinar. cogn. (50, 13.)) gegebene actio in factum wird von den Parteien actio male judicati [1]), in den Reichsgesetzen aber Syndikatsklage genannt. Reichsabschied von 1532, §. 12. R. G. O. v. 1555, 3. Thl. tit. 53. [2]).

Sehr bestritten ist, für welchen Grad der culpa der Richter haftet, ob für culpa lata oder culpa omnis. fr. 15. § 1. D. de judiciis. (5, 1.) fordert evident einen dolus des Richters (worin auch culpa lata begriffen ist), hingegen in pr. Inst. h. t. (4, 5.) und in fr. 6. D. de extraord. cogn. (50, 13.) wird gesagt, der Richter hafte auch, licet per imprudentiam male judicaverit; die gewöhnliche Meinung ist, nach strengem Rechte sey der Richter nur ex capite doli in Anspruch zu nehmen; dies sey eine obligatio ex vero delicto und darauf gehe die erste Stelle. Nachher habe man angenommen, daß der Richter für omnis culpa hafte; dies sey eine obligatio quasi ex delicto und darauf giengen die übrigen Stellen. [3])

Unserer Ansicht nach ist anzunehmen, daß der Richter nur für dolus und culpa lata hafte, denn einmal reden beide Stellen von demselben Fall, das fr. 15. erklärt den Begriff des judex litem suam faciens, und die Stelle der Institutionen setzt diesen Begriff als bekannt voraus; das fr. 15. bildet also die Erklärung der Institutionenstelle. Zum Andern, wäre eine solche actio in factum gestattet, so müßte sie doch schon zu Ulpians Zeit Statt gefunden haben, denn das fr. 6. D. h. t. (50, 13.) rührt von Gajus her. Vereinigung beider Stellen mit Rücksicht auf späteres und früheres Recht ist also nicht möglich. Der Ausdruck imprudentiam

---

1) Höpfner, Komment. §. 1077.

2) Syndici waren im Mittelalter in den italienischen Städten eine Art von Staatsanwälden, denen die Beaufsichtigung städtischer Magistraturen oblag.

3) Weber, von den natürlichen Verbindlichkeiten, §. 12. Dagegen von Löhr, Theorie der culpa, S. 195—197. Vergl. Thomasius de usu pract. hujus actionis, §. 7. v. Wening Ingenheim, II. Bd. §. 331.

tia läßt sich ferner sehr wohl auf **culpa lata** beziehen, und entscheiden auf alle Fälle die Reichsgesetze, daß der Richter nur wegen **dolus** belangt werden könne. Kammer G. O. von 1555. **P. III. t. 53. §. 5, 6.**

§. 131.

Die Präſtation geht auf vollen Schadensersatz; der Richter muß **veram litis aestimationem** präſtiren; daher der Ausdruck: **judex litem suam fecit.** fr. 15. §. 1. D. de judiciis (5, 1.). Diejenigen, welche eine **obligatio judicis ex dolo** und **ex culpa** unterscheiden, bestimmen auch die Präſtation darnach; bei ersterer hafte er für allen Schadensersatz; bei letzterer sey er in ein arbiträres Quantum zu verurtheilen. Den Grund dafür findet man in obigen Stellen, weil gesagt wird, er soll verurtheilt werden, **quantum de ea re aequum judicantis religioni videbitur.** Nach unsrer Ansicht bezeichnet aber dieser Ausdruck nichts als **veram litis aestimationem**; nämlich die Bestimmung des Schadensersatzes geschah durch den Richter. Es kömmt hinzu, wie sonderbar dann auch die Bestimmung wäre: der Richter soll in ein arbiträres Quantum verurtheilen und nicht in vollen Schadensersatz. [1]

Mehrere behaupten, ein Kläger, der hätte appelliren können, sey mit dieser Klage abzuweisen, denn er sey in **culpa**; allein gewiß mit Unrecht, denn der Kläger ist ja nicht schuldig zu appelliren, da die Appellation ein **beneficium juris** ist; wie kann sich Jemand, der von 2 **beneficiis** das eine wählt, in **culpa** befinden, weil er das andere verschmäht habe? [2] Wenn auch der Kläger appellirt und ein besseres Urtheil erlangt hat, so kann er sich dieser Klage noch bedienen, um die Unkosten der Appellation vom Richter ersetzt zu verlangen. Kammerg. O. l. c. §. 10.

Mehrere Kollegen, die zusammen ein widerrechtliches Urtheil gefällt haben, haften **in solidum**, und zwar ohne auf das **beneficium divisionis** Anspruch machen zu können. Zweifelhaft ist, ob sich die übrigen Glieder nicht des **beneficium excussionis** bedienen können,

---

1) Leyser meditt. spec. 680. med. 2.

2) Struben, rechtl. Bed. Thl. II. No. 124. Vergleiche überhpt. Unterholzner l. c. II. Bd. S. 739 ff.

daß sich der Kläger zuerst an den Referenten halten soll. Wir glauben nicht. In ähnlichen Fällen findet zwar das benef. excussion. Statt, aber es ist der Unterschied, daß in andern Fällen die Verbindlichkeit schon ex culpa entspringt, aber hier haften die Kollegen ex dolo oder culpa lata. Gewiß aber können die Uebrigen ihren Regreß an den Referenten nehmen, der sie durch dolus dazu verleitet hat.

Gegen die Erben geht die Klage nicht weiter als sie bereichert sind, welche Beschränkung aber Heut zu Tage wegfällt. [1]) — Da die Gesetze nirgend vorschreiben, daß die Richter nur subsidiarisch, d. h. nur dann in Anspruch zu nehmen sind, wenn dem Verletzten nicht durch Restitution und dergleichen gegen den Gegner geholfen werden kann, so steht es in der Willkühr der verletzten Partei, den Richter primo loco in Anspruch zu nehmen.

Hat eine Ortsobrigkeit einen vom Prätor oder Präses der Provinz ertheilten Auftrag wegen drohenden Schadens in Besitz einzuweisen, nicht ausgerichtet, so findet gegen sie eine Ersatzklage Statt. fr. 4. §. 7. D. de damn. inf. (39, 2.); jedoch nur in so fern, als der Schaden nicht durch unmittelbares Angehen des Prätor oder Präses abzuwenden war. fr. 4. §. 9. D. ibid.

§. 132.

Verbindlichkeit des Richters aus Versehen bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Kann hier der Richter auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden?

Darüber haben wir im gemeinen Recht keine allgemeine Regel, sondern nur einen einzelnen Fall, bei der Ernennung des Vormunds.

Der Magistrat ist nämlich nicht blos dem Staate, sondern auch dem Mündel verantwortlich, so daß, wenn er Etwas versäumt, und dem Mündel dadurch ein Schaden erwächst, dieser den Magistrat belangen kann. Diese Klage heißt actio subsidiaria seu actio subsidiaria adversus magistratum. [2]) Es ist dies nichts andres als

1) Thibaut, Pand. §. 70.

2) Unterholzner l. c. II. Bd. S. 741 ff. Gebauer, exerc. acad. P. I. No. 8. de act. tutelae adv. magistr. — cap. I. §. 10. v. Wening Ingenheim, Pand. Bch. IV. §. 424.

die actio tutelae, die subsidiarisch gegen den Magistrat angewandt wird. fr. 9. sq. D. de magistrat. convenien. (27, 8.)

Daher wird diese Klage gewöhnlich utilis genannt. [1]) Bei den Römern fand diese Klage nur Statt, wenn der Magistrat entweder gar keinen Vormund bestellt hatte, oder keine Bürgschaft hatte bestellen lassen, oder wo er eine unzureichende satisdatio angenommen. §. 2. J. de satisd. (1, 24.) fr. 1. §. 6. 17, fr. 6. D. l. c. (27, 8.) Const. 1. Cod. de mag. conv. (5, 75.)

Heut zu Tage wird man unbedenklich sagen können, daß die Klage wegen jeden Versehens des Magistrats anzustellen sey, woraus dem Pupillen Schaden erwuchs. Der Grund ist die ausgedehntere Verbindlichkeit nach den Reichsgesetzen. [2])

Die Klage findet nur in ultimum subsidium Statt, d. h. wenn der Mündel gar kein andres Mittel mehr hat, zum Schadensersatz zu gelangen; daher muß er erst die Vormünder und ihre Bürgen vergebens ausgeklagt haben. fr. 1. §. 15. D. de tut. et rat. distr. (27, 3.) Const. 1, 3, 4, 5. Cod. de mag. conv. (5, 75.) Nur die blosen honorarii können erst nach dem Magistrate belangt werden. fr. 1. §. 15. D. cit. fr. 46 §. 6. D. de admin. et per. tut. (26, 7.) [3])

Die Klage gebührt zunächst dem Mündel und seinen Erben. fr. 1. §. 4. D. de magistr. conv. (27, 8.) Insoferne jedoch ein ganz unschuldiger Vormund belangt worden ist, und der Magistrat sich in culpa befindet, so kann dieser Vormund seinen Regreß an den Magistrat mit dieser Klage nehmen. fr. 2. fr. 3 D. h. t. (27, 8.)

Die Klage geht gegen jeden Richter, welcher die Obervormundschaft geführt hat. Bei den Römern gieng sie nur gegen die Municipal-Obrigkeiten, nicht aber gegen den magistratus populi Ro-

1) Vergl. Theophil. de satisd. apud Reitz. p. 185. Cujac Paratitl. ad P. lib. 27. tit. 8. in opp. t. I. p 795. Reitz, excurs. ad Theophil. no. 13. in ed. Theoph. t. II. p. 1199. Merill. Observ. VIII., 24. Glück, §. 1378. Gebauer l. c. cap. 1. §. 10.

2) R. P. O. v. 1577. tit. 32. Leyser meditt. ad P. spec. 343. med. 1.

3) Thibaut, Theorie d. logischen Ausleg. §. 35. Andrer Meinung v. Wening Ingenheim Pand. IV. Bch. §. 424. v. Löhr, Archiv. XI. 1. §. 2. S. 7 ff. Vgl. Glück, §. 1336. d. p. 421. Rudorff, das Recht der Vormundschaft aus d. gem. in Deutschl. gelt. Rechten. III. Bd. §. 156. Mühlenbr., Pand. R. III. Bd. §. 601.

mani. §. 4. Inst. de satisd. (1, 24.) fr. 1. §. 1. D. h. t. (27, 8.) Heutiges Tags geht sie gegen jeden Obervormund, theils nach unsern Verfassungen, theils nach der Vorschrift der Reichsgesetze, wodurch jeder ordentlichen Obrigkeit die Obervormundschaft gegeben ist.

Insoferne übrigens ein ganzes Kollegium in Frage ist, so haften stricto jure alle Glieder in solidum, es gebührt ihnen jedoch, wenn sie nicht ex capite doli belangt werden, das beneficium divisionis, und wo Einer vorzugsweise das Amt besorgte, das beneficium excussionis. fr. 1. §. 9. fr. 7, 8. D. h. t. (27, 8.) Const. 3. Cod. eod. (5, 75.)

Der Magistrat haftet hier für omnis culpa; ist aber die Klage gegen die Erben des Magistrats gerichtet, so können diese nur ex culpa lata des Erblassers belangt werden. fr. 4. fr. 6. D. h. t. (27, 8.) Const. 2. Cod. eod. (5, 75.) Deßhalb wird auch der Magistrat den Beweis zu führen haben, daß er es nicht am gehörigen Fleiße habe mangeln lassen. *) Mit diesem steht auch die Vorschrift über die unzulängliche satisdatio in Einklang. Der Magistrat muß beweisen, daß die Bürgen zur Zeit der Bestellung tüchtige und solvente Bürgen gewesen. fr. 1. §. 13. D. h. t. (27, 8.) fr. 11. D. de probat. (22, 3.) Diese Klage geht auf Alles, was der Vormund schuldig und von diesem nicht zu erlangen war. fr. 9. D. h. t. (27, 8.) Uebrigens hat der Mündel kein Vorzugsrecht beim Konkurse des Magistrats, sondern kömmt da in die 5te Klasse. fr. 1. §. 14 D. h. t. (27, 8.)

§. 133.

Dies ist der einzelne Fall, für den die Gesetze bestimmt sprechen und kommt dabei der favor minoris aetatis in Betracht. Wir müssen unsre Frage nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilen und stellen als Princip auf: „So oft der Richter in culpa ist, der Beschädigte aber nicht, so muß ersterer haften." Man unterscheide in der Anwendung, ob der Richter von den Gesetzen zur Aufsicht über die Parteien und Untersuchung der Zweckmäßigkeit des Geschäfts ver-

*) Lauterb. coll. Pand. l. XXII. tit. 8. §. 4. Vgl. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 742 ff.

pflichtet ist; — dann ist er immer verhaftet; oder ob dies nicht der Fall ist, so daß die Gesetze die Theilnahme des Richters entweder gar nicht verlangen, oder doch nur ad fidem publicam — so fehlt es entweder an der Wahrheit und Richtigkeit der vom Richter bestättigten Thatsache: Hier muß er wieder haften, wenn er nicht etwa vom Beschädigten dazu inducirt worden ist, wo dann eine exceptio propriae culpae einträte, — oder es fehlt blos an der Gültigkeit und Zweckmäßigkeit des Geschäfts, und daraus ist ein Schaden entstanden: In diesem Falle ist der Richter nicht gehalten, denn theils wird ihm wohl sehr schwer culpa vorzuwerfen seyn, theils wird dem Kläger exceptio propriae culpae entgegen stehen. [1]) Mehrere nehmen von dieser Regel den Fall aus, wenn das konfirmirte Geschäft sich nichtig findet. [2]) Doch treten ja hier dieselben Gründe, wie bei der Unzweckmäßigkeit ein, namentlich die except. propriae culpae.

Der gewöhnlichen Meinung nach prästirt der Richter omnem culpam, theils nach Analogie der actio tutelae, theils weil das Staatsamt mit höchstem Fleiße geführt werden müsse; allein bei dem ersten Grund kommt der favor minoris aetatis in Betracht, und hinsichtlich des zweiten Grundes ist der Richter doch nur dem Staat und nicht jedem Dritten zum höchsten Fleiße verbunden. Uns scheint nach Analogie der Syndikatsklage nur dolus und culpa lata zu prästiren. Wollte man dies nicht annehmen, so müßte man sich nach allgemeinen Grundsätzen über die culpa richten, und, wenn der Richter Sporteln zog, ihn culpa omnis, sonst aber blos culpa lata prästiren lassen.

Die Frage, ob Heut zu Tage ein Richter für die Handlungen seines Untergebenen hafte, wurde von den ältesten Rechtslehren unbedingt bejaht; doch widerspricht der Grundsatz, daß man nicht für die culpa eines Andern hafte, falls man nicht selbst daran Antheil habe, auch wenn dieser in unsrem Namen gehandelt hat. Auch darf man dies nicht mit Rücksicht auf das veraltete Verhältniß zwischen magistratus und judex beurtheilen, sondern muß darnach entscheiden, ob der Subalterne handelte, wo er allein nach der Dienstin-

---

1) Struben, rechtl. Bed. Thl. V. No. 5.

2) Derselbe. No. 123.

struktion zu handeln befugt war, oder nicht, oder doch wenigstens von dem Vorgesetzten hätte kontrollirt werden sollen. In dem ersten Fall kann der Vorgesetzte für Nachlässigkeit und dolose Handlungen der Untergebnen nicht verhaftet seyn, wohl aber in den übrigen Fällen, wenn ihm bei Beaufsichtigung und Kontrolle ein Versehen zur Last fällt. (Const. 6. Cod. de mag. conv. (5, 75.)). Die Uebertragung einer Patrimonialjurisdiktion auf einen Gerichtshalter kann als Mandat angesehen werden, insoferne nämlich keine neue Instanz dadurch gebildet wird; es besteht daneben aber auch in einem onerosen Kontrakt; der Gerichtsherr behält die Pflicht für Versehen des Gerichtshalters zu haften, z. B. bei Depositarwesen u. dgl.

§. 134.

2) Verbindlichkeit der Advokaten und Prokuratoren.

Der Advokat ist hinsichtlich der processualischen Führung des einmal übernommenen Rechtsstreites zur **summa diligentia** verpflichtet. **Const. 14. §. 1. Cod. de judic. (3, 1.)** Durch Untreue gegen seine Klienten, Kollusion mit der Gegenpartei, oder Uebertritt zu derselben macht er sich nach Umständen des Verbrechens der Prävarikation schuldig, wovon im Kriminalrecht zu handeln ist. **fr. 1. D. de praevaric. (47, 15.)**

Nach römischem Recht konnte sich jede Partei wegen des durch Nachlässigkeit ihres Anwalts erlittenen Schadens nur an diesen allein halten, außer bei Versäumung einer Nothfrist durch den Anwalt, wo ihnen Restitution gegen den Gegner wurde. Nur **minores** wurden, soweit das Vermögen des Prokurators nicht reichte, gegen den Gegner restituirt. *)

Procuratores sind also allgemein für den höchsten Fleiß verantwortlich. Die Haftungsverbindlichkeit der Advokaten wegen **culpa levis** darf man nicht auf den Fall ausdehnen, wo er nach seiner rechtlichen Ueberzeugung einer Partei einen Rath zu Einleitung oder Fortsetzung einer Sache gegeben hat, und sodann der Proceß verloren geht. **fr. 47 pr. D. de R. J. (50, 17.)** Natürlich darf die

---

*) Leyser, meditt. spec. 680. med. 32 — 35. Veränderungen der Reichsgesetze. Reichsdeput. Absch. v. 1600, §. 95. ReichsK. G. Beschluß v. 19ten Mai 1788.

Partei in diesen Fällen nicht selbst irgend welche Schuld tragen, und namentlich bei Versehen der Proceßführung muß sie solche, sobald sie dieselben erfuhr, rügen.

§. 135.

3) Verbindlichkeit der Mensoren.

Der **mensor**, das ist Jemand, der sich damit beschäftigt, für Andre Etwas auszumessen oder auszurechnen, ist vom Prätor für den Fall einer unrichtigen Maaßbestimmung oder Berechnung mit einer besondern actio in factum verantwortlich gemacht, und fanden gegen ihn die gewöhnlichen Klagen aus dem Mandat oder der Miethe nicht Statt, weil das Geschäft dieser Leute in besonderm Ansehen bei den Römern stand. Das Eigne bestund darin, daß der **mensor** nur für **dolus** und **culpa lata** haftete,[1] er mochte für seine Arbeit Bezahlung erhalten haben oder nicht.[2] **fr. 1. pr. §. 1. D. si mensor fals. mod. dixer. (11, 6.)**

Nähere Regeln dabei sind: „Die Klage findet Statt gegen alle Personen, welche für Andre Etwas ausmessen oder ausrechnen und dabei ein falsches Resultat angeben. **fr. 5. §. 2. fr. 7. §. 4. D. h. t. (11, 6.)** Architekten und Entreprenneurs eines Baues haften ebenfalls nur für **culpa lata**, aber nur wenn sie Etwas im Ausrechnen oder Ausmessen versehen hatten, und damit eine **culpa** begiengen.

Diese Klage geht nur auf den Fall, wenn der **mensor** gemessen und ein falsches Maaß angegeben hat, aber nicht, wenn er gar nicht gemessen, oder das Messen zu lange aufgeschoben hat, in welchem Falle eine **actio de dolo** gegen ihn Statt finden kann. **fr. 1. §. 2. fr. 5. pr. D. h. t. (11, 6)** — Sie gebührt Jedem, der ein Interesse bei der Sache hat, **fr. 3. §. 1, 4. D. h. t. (11, 6.)** und dabei verletzt ist.

Der **mensor** darf nur in **subsidium** belangt werden, wenn

---

1) Hasse, von d. culpa, S. 314 — 317. v. Wening Ingenheim, Pand. IV. Bch. §. 335. Thibaut, Syst. §. 519. Vergl. noch Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 749. Mühlenbruch, Pand. R. II. §. 431.

2) Vergl. Struv. D. de damnis etc. th. 87. Voet, L. 11. t. 6. §. 1. Wehrn, doctrina explicatr. princ. damn. p. 176. n. 23. Ueber die Agrimensoren und ihr Amt vergl. Niebuhr röm. G. II. S. 534 ff. Vergl. auch Glück, Pand. XI. §. 763.

man sich auf keine andre Weise helfen kann. fr. 3. §. 2, 3. fr. 5. §. 1. D. h. t. (11, 6) fr. 40. pr. de contr. emt. (18, 1.)

Mehrere mensores haften in solidum, doch befreit die Zahlung des Einen die Uebrigen fr. 3. pr. D h. t. (11, 6.) Des mensor Erben können nur belangt werden, so ferne sie bereichert sind. fr. 3. pr. §. 5 D. eod. [1])

Die Klage ist perpetua, fr. 4. eod. [2])

Da das römische Gesetz wohl nicht die Person der Mensoren, sondern ihre Kunst ehren wollte, läßt sich wohl annehmen, daß sie auch heutigen Tages noch nur für culpa lata haften. [3])

§. 136.

B. Obligationen auf Schadensersatz und Strafe.

a) Aus unerlaubten Handlungen Andrer, für die wir einzustehen haben.

(Actio furti adversus nautas.)

Die allgemeine Regel geht dahin: Schiffer und Gastwirthe sind verpflichtet, allen Schaden, der den recipirten Sachen zustößt, dem Eigenthümer zu ersetzen, selbst ohne alle culpa. [4]) Im römischen Recht werden drei Klassen von Personen genannt, welche diese Verbindlichkeit haben.

Nautae, d. h. die Herren des Schiffs, die exercitores. Welches Schiff es sey, das macht keinen Unterschied, selbst bei Flossen tritt es ein. fr. 1. §. 2, 4. D. nautae, caup. stabular. recepta (4, 9.). Indessen wird diese Verbindlichkeit doch auf Schiffer zu beschränken seyn, welche ein Gewerbe daraus machen, Reisende oder Güter zu transportiren. fr. 1. §. 2, 4. h. t. (4, 9.).

Caupones, Gastwirthe, d. h. alle die, welche Reisende ins

1) Vergl. cap. 14, X. de sepult. (III, 28.) cap. 9. X. de usuris (V, 29.) cap. 5, 10, de raptor. (V. 17.) cap. 28. X. de sent. ex commun. (V, 39.) v. Löhr, Theorie d. culpa S. 113. Dagegen Franke, §. 6. ff. Beiträge.

2) Unterholzner. Verjähr. II. §. 269. S. 340, 341.

3) Huber, prael. L. 11. T. 6 §. 1. A. M. Schilter, Ex. 21. Th. 24. Glück, Pand. 11. Bd. §. 765.

4) Peckius, comment. in tit. Dig. et Cod. ad rem naut. pert. cum not. Vinnii. p. 1—68. Noodt ad h. t. in opp. II. p. 116. sq. Lauterb. diss. de naut. etc. in dissert. acad. t. III. no. 105. Zimmern, Syst. der röm. Noxalklagen. §. 94—96.

Quartier aufnehmen. fr. 1. §. 5. D. h. t. (4, 9.) Ob das Gasthaus vornehm oder gering sey, macht keinen Unterschied.

Stabularii. Diese kann man mit den Inhabern von Herbergen für Frachtfuhrleute vergleichen, es waren solche, welche Ställe für die Maulthiere der Reisenden hielten.

Heut zu Tage will man diese Verbindlichkeit auch auf Frachtfuhrleute ausdehnen, aber dagegen spricht 1) ein jus singulare ist ex paritate rationis nicht auszudehnen, 2) ist auch eine differentia rationis vorhanden, denn der Schiffer kann leichter das Recipirte in Acht nehmen. 3) Die Römer hätten wohl sonst ihre muliones genannt. [1])

Eine gleiche Ausdehnung behauptet man auf Postkutschen und Diligençen, [2]) zumal da diese unter öffentlicher Autorität stehen; doch treten dieselben Gegengründe ein, wie im vorigen Fall, außerdem noch, daß die auctoritas publica nicht mehr Verbindlichkeit auf sich laden will, als ein Privatmann, außer es kommt ein Assekuranzverhältniß in's Spiel.

Ausdehnung auf Schenk- und Speisewirthe kann eben so wenig Statt finden, wenn sie kein Quartier geben. Man sehe nur fr. 1. § 8. D. depos. (16, 3.).

Gegen diese Personen nun fanden zwei Klagen Statt, eine auf einfachen Schadensersatz, welche auf dem Receptionsverhältniß nothwendig beruhte, wovon Unten, wegen jeden Schadens, wer immer ihn zugefügt, die andre auf doppelten Ersatz, für den Fall, wenn die Leute dieser nautarum etc. den Schaden angerichtet haben. [3]) Daraus lösen sich auch die scheinbaren Widersprüche in den Gesetzen, namentlich von fr. 1, fr. 2 fr. 3 §. 4. D. h. t. (4, 9.) u. fr. 6. § 3. fr 7. §. 5. eod. [4]) Die Klage auf das Einfache siehe Unten. Hier von der

---

1) Wernher, observ. for. P. IX. obs. 229. Coccej jus civ. contr. IV. g. quaest. 3. Strub. rechtl. Bed. Thl. I. No 71. Höpfner u. Weber Komment. über Inst. §. 1084.

2) Mackeldei (F) diss. quat. act. de recept. contr. aur. et cur. seu sped. compet. merc. Helmst. 1806. 4. Müller, über die de recepto actio in ihrer Anwendbarkeit auf die heutig. Postanst Leipz. 1835. Abschn. II. Mühlenbruch P. R. §. 451.

3) Zimmern, System der röm. Noxalklagen. a. a. O.

4) Kämmerer observ. j. c. no. 2. Guyet im Archiv f. civ. Prax. Bd. 17. S. 41—52. Allgem. Litt. Zeit. v. 1835. Bd. 1. S. 588.

actio furti adversus nautas.

Diese Klage ist eine **actio mixta** auf Schadensersatz und Strafe zugleich, und setzt voraus, daß Leute, welche der Beklagte zu seinem Gewerbe hält, oder die beständig im Gasthofe wohnen oder ihre Transportkosten im Schiffe durch Arbeit abverdienen, den Schaden im Schiffe oder Gasthofe angestiftet haben. **§. 3. Inst. h. t. (4, 5) fr. 6. §. 3. fr. 7. pr. h. t. (4, 9.) fr. un. pr. §. 6. furt. adv naut. (47, 5.)** Der Schiffer oder Gastwirth haftet aber nicht für das **factum tertii** oder Andrer. Sie findet wegen Beschädigungen und Entwendungen Statt. [1] **fr. 7. pr. §. 2, 3. h. t. (4, 9.) fr. 5. §. 6. de O. et A. (44, 7.)**

Die Klage setzt nicht nothwendig voraus, daß ein **receptum** vorhanden sey, sondern es ist genug, wenn nur im Gasthause **resp.** Schiffe der Schade geschah. **fr. un. §. 3, 4. D. cit. (47, 5).**

Die Verbindlichkeit wird durch blose Protestation von Seiten des Verpflichteten, wenn sie auch vor der Aufnahme, etwa durch einen Anschlag geschah, und die in bloser Uebergabe des Zimmerschlüssels niemals enthalten ist, im Allgemeinen nicht abgewandt, wenn sie nicht der Gast oder Aufgenommene wirklich erfahren und ausdrücklich oder auch stillschweigend anerkannt hat. [2] Mehrere Schiffer oder Wirthe stehen nur **pro rata**, aber in **solidum** nur dann ein, wenn sie das Gewerbe durch einen gemeinschaftlichen Stellvertreter besorgen lassen. **fr. 7. §. 5. h. t. (4, 9.) fr. 4. pr. §. 1. de exerc. act. (14, 1.).**

Die Klage geht auf das Doppelte des Interesse, gegen Erben jedoch nur, in so weit sie bereichert sind, ist aber auch **actio perpetua. §. 3. in f. Inst. h. t. (4, 5.) fr. 7. §. 6. h. t. (4, 9.) fr. 7. §. 1. eod. fr. un. §. 2. D. furti adv. naut. (47, 5.)**

Mit dem Wiederherausbringen der Sachen endigt die Verbindlichkeit; doch dauert sie fort und es tritt ohne ausdrückliche Erklärung darüber kein **depositum** ein, wenn der Gast mit Wissen und Zustimmen des Verpflichteten die Sache zurückläßt. [3]

---

1) Zimmern §. 94. zu vergl. Schulting u. Schmallenburg not. ad D. T. 1. p. 609 sq. Vergl. Mühlenbr. a. a. O. Not. 8.

2) fr. 7. pr. h. t. (4, 9.) v. Wening Ingenh, Bch. III. §. 343. Lauterb. §. 48.

3) Meister, prakt. Bemerk. aus Krim. u. Civ. R. 2. Thl. No. 7. S. 77. f. Glück, §. 492.

§. 137.

Verbindlichkeit des Miethsherrn.

Hierher gehört der Fall, daß der Vermiether eines Hauses, aus dem auf einen gangbaren Ort ohne vorhergehende Warnung Etwas geschüttet oder geworfen und dadurch Schaden angerichtet wurde, wenn er es selbst bewohnt und mehrere Miethsleute hat, ausschließend haftet, insoferne er selbst den größten Theil bewohnt und zwar mit der actio de effusis et dejectis zu verfolgen ist. fr. 1. §. 9. fr. 5. §. 1. h. t. (9, 3.) Vergl. Oben §. 67.

§. 138.

b) Aus eignen unerlaubten Handlungen.

Verbindlichkeit der Zöllner und Zollpächter.

Der Prätor gab eine actio mixta wegen Betrügereien der Zöllner und Zollpächter auf das Doppelte des Interesse im Falle eines widerrechtlich genommenen Zolles, ohne andre Pönalklagen, wenn ihre Bedingungen vorhanden sind, auszuschließen, die actio adversus Publicanos. fr. 1. pr. fr. 3. fr. 12. pr. D. de public. et vectig. (39, 4.) Diese Klage kann von den Erben auch (fr. 13. §. ult. eod.) aber nach römischem Recht gegen die Erben nur in so ferne sie bereichert sind, angestellt werden, fr. 4. pr. fr. 16. §. 13. eod., was jetzt wegfällt. [1]) Gegen mehrere Zöllner geht sie pro rata, doch haften Alle, und deren Bürgen subsidiarisch für das Ganze. fr. 6. eod. fr. 46. §. ult. de jure fisci. (49, 14.) fr. 11, 13. ad municip (50, 1.) [2]) Wird das widerrechtlich Erhobne vor angestellter Klage zurückgegeben, so erlischt diese. fr. 1. fr. 5. de public. (29, 4.)

Zu bemerken ist noch, daß diese Klage auch Statt findet, wenn der Betrug von den Familiengliedern oder Dienern der Zöllner oder Zollpächter herrührt.

---

1) Ueber Aenderungen des kanon. Rechts, caus. 16. q. 6. cap. 3. cap. 14. X. de sepult. (3, 28.) cap. 5. X. de rapt. (5, 17.) cap. 9. X. de usuris. (5, 19.) Oben §. 135, die Noten. Vergl. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 730. ff.

2) Otto de tutela viarum pubiicarum. P. III. cap. 7.



Verbindlichkeit der Gerichtsboten.

Wenn die executores litium — Gerichtsboten — übermäßige Gerichtsgebühren ungesetzlicher Weise erheben, so haben sie das Vierfache zu erstatten, wovon das Einfache wohl der Ersatz, das andre als Strafe anzusehen ist. §. 25. Inst. de act. (4, 6.) Vergl. Const. 2, 4. Cod. de sport. (3, 2.) [1])

§. 139.

II. Verbindlichkeit zum Schadensersatz aus dem Receptionsverhältniß, und zwar auf reinen Schadensersatz. *actio in factum de receptis.*

Die Personen, welche aus dem Receptionsverhältnisse haften, sind die Oben §. 136 Benannten, und gilt hier dasselbe, was von Ihnen dort gesagt wurde.

Der Grund ihrer Verpflichtung liegt in dem durch Reception stillschweigend abgeschlossenen Vertrage. [2])

Zur Reception gehört, daß die Sachen dem Schiffer oder Gastwirth besonders überliefert, oder mit dessen Wissen in das Schiff resp. Gasthof inferirt worden sind. fr. 1. §. 8. D. h. t. (4. 9.)

Nähere Regeln sind hier folgende:

Schiffer und Gastwirthe haften nur, in so ferne sie Fremde in Hinsicht auf ihr Gewerbe aufnehmen, aber nicht, wenn sie z. B. gute Freunde umsonst aufnehmen. fr. 3. §. 2. D. h. t. Dazu gehört auch der Fall, wenn man auf lange Zeit ein Zimmer in einem Gasthof miethet, was dann ein gewöhnlicher Miethkontrakt ist. [3]) — Dagegen ist gleichgültig, ob der Wirth resp. Schiffer die Fremden unentgeltlich oder für Bezahlung aufnimmt. fr. 5. pr. fr. 6. pr. D. eod. Auch ist es einerlei, ob der Gastwirth selbst oder dessen Bevollmächtigte die Annahme bewerkstelligten. fr. 1. §. 2, 3, 5. D. eod. [4]) Die Beschaffenheit der recipirten Sachen ändert Nichts, namentlich ob es eigne des Inferenten, oder fremde sind. fr. 1. §. 6, 7. fr. 4. §. 2. eod.

---

1) Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 689.

2) Weber, von der natürl. Verbindl. §. 27. Hugo, civil. Magaz. 1. Bd. S. 440, 476. Vergl. Emminghaus ad Cocceji. L. 4. T. 9. q. 1.

3) Lauterbach, colleg. Pand. 4, 9. §. 10, 11.

4) Berger, oecon. jur. L. 3. T. 6. Th. 8. n. 4.

Da das **receptum** der Grund der Verbindlichkeit ist, so hängt es auch davon ab, wann der Gastwirth oder Schiffer zu haften anfängt. Geschieht das receptum durch Illation ohne Assignation, so haftet er nicht vor der Illation, wohl aber sogleich, wenn es durch Assignation geschehen. **fr. 3. pr. D. eod.**

Gastwirth und Schiffer haften ohne Rücksicht darauf, ob ihnen **culpa** imputirt werden kann oder nicht, wenn nur keine **vis major** eingetreten ist. **fr. 3. §. 1. D. eod.** Die Verbindlichkeit läßt sich also nicht auf **culpa levissima** beschränken. **fr. 1. i. f. fr. 2. fr. 5. §. 1 eod** [1])

Der Gastwirth und Schiffer haften nicht blos für den Schaden, den ihre eignen Leute angerichtet haben, sondern auch für den durch fremde verursachten, **fr. 1. fr. 2. fr. 3. pr. D. eod.**, sie haften für jeden Diebstahl (ohne Einbruch). **fr. 4. pr. fr. 5. §. 1. D. eod.** Und gegen diese Verbindlichkeit können sie die Entschuldigung nicht geltend machen, daß sie alle Sorgfalt angewandt. [2])

Dahingegen versteht es sich, daß sie nicht für den Schaden haften, der durch eigne **culpa** des Reisenden oder seiner Leute veranlaßt wurde. [3]) **fr. 6. §. 1 eod.**

§. 140.

Was die Beweislast anbelangt, so muß der Kläger die Illation und den Belauf des Schadensersatzes beweisen. Zum Beweise des Schaden-Belaufs kann der Schätzungs- oder Ergänzungseid dienen, Die Gegner dieser Ansicht sagen, abgesehen von einer zu großen Härte für Gastwirthe und Schiffer, die darin läge, lasse es sich auch juristisch nicht behaupten; denn gesetzt es wäre wirklich der Beweis unmöglich, so ist ja selbst dies noch kein Grund zum Eid; das **fr. 1. §. 40. cit.**, welches gewöhnlich angeführt werde, bedeute auch nur: „wenn der Deponent den Belauf nicht wisse, so solle er seine

1) A. M. Wehrn, doctr. jur. explic. princ. et causar. §. 19. Quistorp, rechtl. Bemerk. Thl. 1. No. 100. Dagegen Glück, Theil 6. S. 118 — 120.

2) Leyser, med. spec. 66. med. 5.

3) Lauterbach, l. c. §. 42. Für den Schaden, den Lohnbedienten außer dem Hause dem Gast zufügen, haften sie nicht, selbst wenn sie durch den Wirth empfohlen sind. Wernher, obs. for. P. VIII. obs. 321. Vgl. dagegen Leyser spec. 66. c. 2. Müller, obs. 200. Thibaut, §. 571. in f. Mühlenbruch a. a. O. §. 451.

Unwissenheit beschwören können;" dies erhellt deutlich aus der Parallel-Stelle. fr. 19. §. 4. D. de furt. (47, 2.) [1])

Wollte man diese Stelle auch anders erklären, so läßt sich doch vom Depositum kein Schluß auf die actio de receptum machen, denn der Depositarius habe es mit Bekannten, der Wirth und Schiffer mit Fremden zu thun, und würde ersterer ex dolo belangt. Allein so viel ist gewiß, daß der Streit zwischen Wirth und Gast durch freiwillig zugeschobenen und acceptirten Eid erledigt werden kann, und daß der Gast nach gewöhnlichen Regeln zum juramentum suppletorium zugelassen werden muß, wenn er seinen Schaden wenigstens zur Hälfte durch andre Beweismittel dargethan hat — durch sein juramentum in litem kann er aber den ganzen Beweis führen, sobald er darthut, daß der Wirth in dolo oder culpa versirte in den Unten bei der Behandlung des jur. in litem anzugebenden Beziehungen. Tit. Pand. de in litem jurejurando. (12, 3.) [2])

Dahingegen braucht der Kläger keine culpa des Wirths resp. Schiffers zu beweisen, [3]) sondern letztere haben etwa die vis major zu beweisen, unter deren Begriff natürlich die schädlichen Handlungen derer, welche Wirth und Schiffer aufnahmen, wenn sie dieselben auch nicht abwenden konnten, nicht passen. fr. 1. §. ult. fr 2. fr. 3. §. 1. fr. 7. pr. eod.

Die Verbindlichkeit des Gastwirths resp. Schiffers geht auf vollen, aber blosen Schadensersatz. Daraus folgt, daß die Klage auch gegen die Erben derselben geht, daß sie perpetua ist und daß mehrere Gastwirthe resp. Schiffer pro rata haften. fr. 3. §. 4. fr. 7. §. 5. D. h. t. (4, 9.) Die Regel, daß Mehrere pro rata haften, muß jedoch eine Ausnahme leiden, wenn mehrere Schiffer oder Gastwirthe einen gemeinschaftlichen Faktor angenommen haben. fr. 1. f. fr. 2. D. de exercit. act. (14, 1.).

Die Verbindlichkeit wird geendigt durch Wiederherausbringen der Sache. Geht der Reisende selbst fort, und läßt seine Sachen zurück, so ist zu unterscheiden:

---

1) Puffendorf, animadvers. jur. No. 91. Glück a. a. O. §. 491.

2) Thibaut, §. 571 Vergl. Mascard de prob. Concl. 832. Leyser, spec. 66. no. 9. Glück, 6. Bd. §. 491. Wolters, über die actio de recepto. Hamburg 1804. S. 84—104.

3) Wernher, observ. for. P. VIII. obs. 321, 322.

a) entweder er hat die Sachen blos liegen lassen, so ist der Schiffer resp. Gastwirth frei;

b) oder er hat es diesen angezeigt. Hier behaupten Viele, das Receptum verwandle sich nun in ein Depositum, und er hafte nun ex deposito. Allein wohl mit Unrecht; denn die Aufhebung des recepti folgt nicht nothwendig aus der persönlichen Entfernung des Reisenden; die Aufhebung müßte also in einer Verabredung mit dem Wirthe liegen; das wäre Novation; nach den Gesetzen tritt aber Novation nur ein, wenn die Parteien sie ausdrücklich ausgemacht haben. [1])

Gewöhnlich behauptet man, die Verbindlichkeit ex recepto könne durch eine Protestation abgewandt werden, die gleich Anfangs und nicht erst nachher (fr. 7. pr. h. t.) geschah. Doch glauben wir, die Verbindlichkeit könne durch Protestation nicht aufgehoben werden, sobald damit nicht auch eine Verweigerung der Illation verbunden ist, denn die Folgen des recepti beruhen auf gesetzlicher Vorschrift. Dazu kommt noch die Vorschrift des fr. 7. pr. D. h. t.

Die Behauptung, diese Klage finde jetzt keine Anwendung mehr, läßt sich weder theoretisch noch praktisch rechtfertigen. [2])

III. Verbindlich werden durch Andre überhaupt.

Außer dem Kreise unsrer Aufgaben würde es liegen, hier die Lehre vom mandatum, der negotiorum gestio, die exercitatoria und institutoria act. etc. zu erörtern. Wir verweisen auf Unterholzner a. a. O. I. Bd. S. 405—439.

§. 141.

Kapitel III.

Von dem *casus* bei Kontraktsverhältnissen und dessen Tragen (*periculum*).

Nachdem wir Oben den casus außer Kontraktsverhältnissen betrachtet, nebst der Frage, quis casum praestat, wer ersetzt ihn,

---

1) Meister, prakt. Bemerk. Thl. II. No. 7. Vergl. Müller ad Struve, L. 4. t. 9. §. 111. no. 8. §. 117. Voet, eod. §. 7. Thibaut, §. 571.

2) Weber, Versuche über Civilr. Abh. I. §. 18. Unterholzner a. a. O. II. Bd. S. 732 ff.

übrigt uns hier bei Obligationsverhältnissen die Erörterung der Frage, quis casum sentit, wer trägt ihn, wer kann ihn nicht ersetzt verlangen? Periculum in engerer Bedeutung bezeichnet nur die zufälligen Unglücksfälle, die eine Person oder Sache treffen, und von dem, den sie treffen, sagt man »periculum praestat.« Dies ist hier die Bedeutung. *) Vergl. fr. 18. pr. de damno infecto. (39, 2.) In einer weiteren Bedeutung heißt periculum das Risiko einer Sache, aller Vortheil und Nachtheil; und in einem andern Sinne wird es noch gebraucht von dem, der zur custodia verhaftet ist. Z. B. fr. 19. pr. de pet. hered. (5, 3.) fr. 13. §. 1. de liber. causa (40, 12.). fr. 14. §. 1. de per. et commod. (18, 6.) fr. 14. §. 16. de furt. (47, 2). Vernichtet der Zufall die ganze Sache durch Zerstörung oder Verlust, so nennt man die Gefahr periculum interitus; verdirbt er hingegen nur die Qualität der Sache, so heißt sie periculum deteriorationis fr. 1. pr. fr. 4. pr. §. 1. fr. 8. pr fr. 14. §. 1. de per. et comm. r. v. (18, 6.)

Zur Beantwortung unsrer Frage, wer den casus trägt, müssen wir Obligationen auf ein Geben (dare, tradere) und auf ein Thun oder Leisten unterscheiden.

A.

Bei Obligationen auf ein Geben (*dare, tradere.*)

Hier kommt das periculum in dreifacher Hinsicht in Betracht;

a) wenn ein casus das Geben völlig hindert;

b) wenn das Objekt deteriorirt worden ist;

c) die Frage, wenn ein casus Kosten verursacht hat, gehört in das folgende Kapitel zur Lehre von den Impensen.

a) Wenn ein *casus* das Geben völlig hindert.

Hier sind die Fragen zu unterscheiden,

I. ob bei einer zweiseitigen Obligation dennoch die Gegenleistung gefordert werden könne? und II. ob der Gläubiger jetzt den Werth begehren könne?

ad I. Die Frage ist also hier, ob dadurch, daß in zweiseitigen Obligationen die Erfüllung des einen Theils durch Zufall unmöglich

*) Thibaut, §. 476 ff Hasse, von der culpa S. 378 ff. Wächter, im Arch. für civ. Praxis, 15. Bd. 1. Hft. no. 6. 2. Hft. no. 9. Unterholzner, Schuldverhältnisse, herausgegeben von Huschke. Bd. I. S. 284. ff. Mühlenbruch, P. Recht II. §. 365.

wird, der Gegner auch von seiner Leistung frei wird, oder ob, ungeachtet der Andre seine Leistung nicht erfüllt hat, er dennoch seinerseits erfüllen muß. Es sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden, jenachdem die Gegenleistung schon entrichtet ist, oder nicht.

a. Die Gegenleistung ist noch nicht entrichtet, und es entsteht die Frage, ob auf Entrichtung der Gegenleistung geklagt werden kann.

1) Gehört die **obligatio** zu den **contractibus innominatis**, so konnte bei den Römern auf die Erfüllung der Gegenleistung nicht geklagt werden; dies beruhte theils darauf, daß diese Innominatkontrakte überhaupt nicht anders als nach einseitiger Erfüllung klagbar waren, theils darauf, daß bei solchen noch **poenitentia** Statt fand. [1]) Schwierig dabei ist **fr. 3. §. 4. D. de cond. causa data (12, 4.)**. Es läßt sich zweierlei antworten; einmal daß diese Stelle von dem Falle einer hinzugefügten Stipulation redet, denn die Klage, die hier Statt findet, ist eine **condictio**; die einzige **condictio** aber, die hier Statt finden kann, ist die **condictio certi ex stipulato**; zum andern, daß von Freilassung eines Sklaven die Rede ist; denn hier hat man von Freilassung des Sklaven keinen Vortheil; stirbt nun der Sklave, so ist der Zweck erreicht, die verhinderte Erfüllung kann also für eine geschehene Erfüllung gelten. [2]) Ob dies nun noch bei Uns gelte, wird davon abhängen, ob bei Uns **poenitentia** Statt findet.

2) Oder es sind andre **obligationes** in Frage, dann müssen drei Fälle unterschieden werden. Entweder ist von einem Faktum die Rede, wo die Leistung unmöglich wurde, dann ist hier die Leistung wieder entweder durch einen **casus** unmöglich geworden, der den **promissor facti** betroffen hat; hier kann keine Gegenleistung gefordert, vielmehr die geschehene Gegenleistung zurückgefordert werden. **fr. 15. §. 6. D. locat. cond. (19, 2.)**; oder das Faktum wurde durch einen **casus** verhindert, der den Stipulanten traf; in diesem Falle muß die Gegenleistung dennoch entrichtet werden. **fr.**

---

1) Thibaut, §. 468. H. de Cocceji de jure poenit. in contr. Sect. 3, 4. Vgl. Langsdorf de pact. et contr. Roman. §. 29. Gans, Obligatr. S. 169 ff. Pohls Innominalkontr. §. 21 ff. Mühlenbruch in Heidelb. Jahrb. 1821. S. 72 ff.

2) Meermann, thes. P. VI. p. 182.

4. D. de offic. assessor. (1, 22.) fr. 19. §. 10. fr. 38. pr. D. loc. cond. (19, 2.).

Oder es ist von Gestattung des Gebrauchs einer Sache die Rede. Hier ist ebenso zu unterscheiden: Entweder trifft der casus die Sache, so daß sie nicht verschafft und gebraucht werden kann. Hier ist die Gegenleistung nicht zu fordern, und könnte, wenn sie schon geschehen, zurückgefordert werden. fr. 9. §. 4. fr. 19. §. 6. D. (locat. cond.) (9, 2.); oder der brauchende Theil wird am Gebrauche gehindert, dann muß die Gegenleistung allerdings entrichtet werden. fr. 61. §. 1. D. eod.

Oder endlich es ist von Lieferung einer Sache die Rede, die nun durch einen casus untergeht. Hier ist es beim Kauf außer Zweifel, daß die Gegenleistung dennoch gefordert werden kann. §. 3. Inst. de E. et V. (3, 24.) fr. 14. fr. 15. D. de jure dot. (23, 3.) fr. 8. pr. de per. et commod. r. vend. (18, 6.) Const. 6. Cod. de per. et commod. R. V. (4, 48.) Allein auf andre Geschäfte läßt sich dies nicht ausdehnen. [1])

β. Oder die Gegenleistung ist schon entrichtet; und es fragt sich, ob sie zurückgefordert werden kann? Die allgemeine Regel ist hier: sie kann nicht zurückgefordert werden. fr. 3. §. 3. D. de condict. causa data non sec. (12, 4.) fr. 38. §. 1. loc. cond. (19, 2.) fr. 5. § 1. de praescriptis verb. (19, 5.) fr. 1. §. 13. de variis et extraordin. (50, 13.) Const. 10. Cod. de cond. ob caus. dat. (4, 6.)) Diejenigen, welche das Gegentheil annehmen, berufen sich hauptsächlich auf fr. 16. D. de cond. ob caus. dat. (12, 4.)) [2]) Allein diese Stelle erklärt sich vollständig aus der Reue, die bei contr. innominati Statt findet.

---

1) Thibaut, §. 478. Glück, Pand. 17. Bd. S. 130 ff. Wächter de cond. caus. data non sec. p. 128 ff. Derselbe im Archiv für civ. Praxis. 15. Bd. 1. Hft. no. 6. 2. Hft. no. 9. Dagegen Mühlenbruch, § 323. Roßhirt, Zeitschrift 2. Bd. 3. Hft. pr. 374. ff. v. Madai, von der mora S. 226 ff. Hepp, von der Zurechnung, S. 43 ff. Petros Paparigopulos δοκιμιον περι της επιρρυπης των τυχηρων (της τυχης) εις τα συναλλαγματα κατα το ρωμαικον και το βιζαντινον δικαιον. Heidelberg 1839. Roßhirt, gemeines Civilr. Bd. II. §. 390. u. §. 395 ff.

2) Glück, Thl. IV. S. 384. Thl. XIII. §. 822. Vergl. dagegen Noodt probab. L. 4. c. 5. Voet, L. 12. T. 4. §. 4. 5. Cocceji ibid. quaest. 5—9. Wächter dagegen de cond. caus. d. Schmithenner, über Verträge, S. 135. Thibaut, §. 478.

Diese Regel hat zwei Ausnahmen.

a) So oft das **jus poenitendi** bei **contractus innominati** Statt findet, **fr. 5. pr. §. 3, 4. fr. 16. D. de cond. caus. d. (12, 4.)** Aus diesem **jus poenitendi** muß der Widerspruch erklärt werden, in welchem diese Stellen mit der obigen stehen. [1])

b) Wenn das Gegebne eine eigentliche **praenumeratio** war, d. h. wenn nach der Natur des Kontrakts erst hintendrein bezahlt zu werden brauchte, aber schon vor der Leistung bezahlt wurde. **fr. 9. §. 4. fr. 15. §. 6. fr. 19. §. 6. fr. 30. §. 1. fr. 33. D. (locat. cond. (19, 2.))** Diese Zurückforderung findet jedoch immer nur in so fern Statt, als man nicht an sich doch auf die Bezahlung belangt werden könnte. Diesem Satz widerspricht freilich **fr. 33. D. loc. (19, 2.)**; daß ein besondrer Grund für diese Stelle vorhanden ist, ist ohne Zweifel; die wahrscheinlichste Erklärung scheint uns die: die Stelle redet von einer solchen Konfiskation, deren Grund schon vor der Zeit des geschlossenen Vertrags vorhanden war. [2])

§. 142.

Damit die bisherigen Regeln ihre Anwendung finden und also die Gegenleistung zu fordern oder nicht zu fordern sey, ist nöthig, daß die Unmöglichkeit nicht vor, sondern erst **post obligationem perfectam** eingetreten sey, **fr. 8. pr. D. de per. et commod. r. v. (18, 6.)**. Dazu aber, daß die **obligatio** in diesem Sinne perfekt sey **ad transferendum periculum**, ist die Abschließung des Kontraktes nicht immer hinreichend, sondern dazu gehört oft noch mehr als Abschließung, und zwar in folgenden Fällen:

1) Ist ein **negotium sub conditione** geschlossen, so muß die Bedingung eingetreten seyn, ehe die Unmöglichkeit der Erfüllung entstand, ohne dieses geht das **periculum** nicht über. **fr. 8. pr D. de per. et commod. r. v. (18, 6.) fr. 10. §. 5 de jure dotium (23, 3.) Const. 5. Cod. de per. et commod. r. v. (4, 48.)**. Diese Regel findet selbst bei der **conditio resolutiva** in Ansehung des Zurückgebens Statt. — Das **periculum** des Zurückgebens nämlich hat der Empfänger nicht anders als nach Eintritt der

---

1) Noodt, probab. jur. lib. IV. c. 5.

2) Höpfner, Komment. §. 872. n. 1.

conditio resolutiva. fr. 2. §. 1. fr. 3. D. de in diem addict. (18, 2.)

2) Es ist erforderlich, daß, wenn der Kontrakt auf „Billigung" geschlossen worden ist, die Hinderung der Leistung erst nach geschehener Billigung eingetreten sey. fr. 1. pr. fr. 4. pr. §. 1. D de per. et comm. r. v. (18, 6.) Dieser Grundsatz ist nur eine Folge des vorigen; doch tritt eine Ausnahme ein, wenn sich der Empfänger in mora approbandi befindet, da geht das periculum über.

3) Wenn der Kontrakt auf eine res fungibilis gerichtet ist, die aber in specie bedungen wurde, so daß sie aus einer bestimmten Masse geliefert werden soll, so ist der Zeitpunkt der Perfektion verschieden bestimmt. Die Gesetze unterscheiden:

a) entweder geht der Handel nur auf eine gewisse Quantität aus dem Haufen; hier geht das periculum erst durch die Zumessung über; vorher kann also keine Gegenleistung gefordert werden. fr. 35. §. 7. D. de contrah. E. (18, 1.) fr. 5. de per. et comm. (18, 6.)

b) oder es ist der ganze Haufe Objekt des Handels, hier wird entweder ein Kaufpreis per aversionem für das Ganze festgesetzt, und geht das periculum über mit abgeschlossenem Kontrakt; oder der Preis wird für eine einzelne Quantität bedungen, und dann geht das periculum wieder erst durch die Zumessung über. fr. 35. §. 5, 6. D. de contr. E. (18, 1.) fr. 1. §. 1. D. de per et commod. (18, 6.) Const. 2. Cod. de per. et commod. (4, 48.) Auch in allen diesen Fällen versteht es sich, daß die mora des Empfängers das periculum schon früher transferirt.

§. 143.

ad II. In Hinsicht auf die Frage, ob der Gläubiger jetzt den Werth begehren könne, gilt im Ganzen die gewiß natürliche Regel: „der Kreditor kann den Werth nicht begehren, denn ad impossibilia nulla datur obligatio; zur aestimatio kann der Debitor nicht genöthigt werden, denn er braucht nicht aliud pro alio zu prästiren. fr. 33. fr. 51. fr. 83. §. 5. fr. 91. §. 1. D. de V. O. (45, 1.) fr. 92. fr. 107. (de solut. (46, 3.))

Doch hat diese Regel einige Modifikationen.

1) Wenn durch das eigene Faktum des Debitor die Unmöglichkeit herbeigeführt wurde, so muß dieser die aestimatio präſtiren.

2) Bei der obligatio alternativa, indem hier doch, wenn die eine Leiſtung unmöglich wird, die andre Leiſtung präſtirt werden muß. Hier trägt der Debitor das periculum ſo lange, bis auch die letzte Leiſtung unmöglich gemacht wird. fr. 34. §. 6. D. de contr. E. (18, 1.) fr. 10. f. de jure dotium. [1]) Man unterſcheide ſo: a) Iſt der Untergang durch eine culpa des Schuldners herbeigeführt, dann darf der Gläubiger, wenn er die Wahl hat, zwiſchen Erſatz und dem übriggebliebenen Objekte, oder wenn alle durch culpa untergiengen, den Werth des einen oder des andern Gegenſtandes wählen; traf aber der Zufall Ein Objekt, dann richtet ſich ſein Recht auf Erſatz nur nach dem kulpoſe vernichteten, während dem Schuldner ſein Wahlrecht nicht entzogen wird, wenn nur der Werth des untergegangenen nicht geringer war, als der des erhaltenen. fr. 95. §. 1. de solut. (46, 3.). [2]) Geht ein Objekt durch culpa des Debitor und das andre nachher durch casus unter, ſo wird der Billigkeit halber dem Gläubiger Forderung und Klage auf das erſte erhalten. fr. 95. §. 1. l. c.

b) Veranlaßte der Kreditor durch ſeine culpa den Untergang, und hat der Schuldner das Wahlrecht, ſo darf der Schuldner das Uebriggebliebene behalten, oder herausgegeben, und dann für das Vernichtete vollen Erſatz begehren. Sind alle Gegenſtände zu Grunde gegangen, ſo erliſcht die ganze Obligation, jedoch hat der Schuldner eine Entſchädigung zu fordern hinſichtlich der kulpoſe zerſtörten Gegenſtände. fr. 55. ad L. Aq. (9, 2.) Nicht entgegen iſt fr. 105 in f. de V. O. (45, 1.) [3]) Hat dagegen der Gläubiger das Wahlrecht, ſo verliert er es auch durch ſeine culpa

---

1) Eine Entwicklung aller Fälle bei dem Untergang Eines oder aller Objekte einer alternativen Verbindlichkeit hat Thibaut gegeben: Brauns gedruckte Diktaten zu Thibaut's Lehrbuch, 7te Aufl. §. 85. Vergl Kurrer de oblig. alternat. Tub. 1686. cap. 7. Thomasius de promiss. r. incert. §. 53 ff. de Brassier de causs. alternat. Heidelb. 1821. Thibaut, 8te Aufl. §. 81.

2) Zimmern, über Erlöſchen alternat. Forbr. Archiv für civiliſt. Prax. I. 23. S. 316 ff.

3) Suarez de Mendoza ad L. Aq. I. 4. sect. 3, in Meermann thes. II. p. 49. ff. Zimmern a. a. O. S. 320 — 323.



nicht; hat er beide Gegenstände vernichtet, so kann er wählen, welchen er ersetzen will, hat er blos einen vernichtet, so kann er entweder Nichts, oder unter Ersatz des vernichteten Gegenstandes den vorhandenen verlangen nach Analogie des fr. 55. l. c., und nach diesen Grundsätzen entscheiden sich auch die Fälle, in denen auf beiden Seiten **culpa** vorkommt.

c) Ist der Untergang durch Zufälle eingetreten, so erlischt die Obligation völlig, wenn alle Objekte zu Grunde giengen. fr. 18. §. 6. fr. 34. § 6. de contrah. emt. (18, 1.). Bleibt eines übrig, und hat der Schuldner die Wahl, so kann er dieses, oder den Werth des Untergegangenen prästiren. fr. 47. §. 3. de legat. I. (30.) fr. 10. i. f. de jure dot. (23, 3.) und fr. 2. §. 3. de eo quod certo loco (13, 4.) widersprechen nicht. [1]) Der Kreditor dagegen als zur Wahl Berechtigter kann nur das Uebriggebliebene fordern, ohne jedoch den Ersatz für das Untergangene nehmen zu müssen. fr. 18. §. 6. de contr. empt. v. fr. 95. de solut. [2])

3) Dann, wenn das **periculum** durch Untergang des Objekts bewirkt wird, muß ein Unterschied gemacht werden, ob das Objekt eine **species** oder ein **genus** war. Ist es eine **species**, so bleibt es bei der Regel und der Debitor ist frei. fr. 37. D. de V. O. (45, 1.). War es hingegen ein **genus**, so hat hier der Debitor das **periculum** zu tragen, bis beide Theile über eine **species** übereingekommen sind. Hier tritt die Analogie der **obligatio alternativa** ein. Diese Regel findet selbst dann Anwendung, wenn von Zurückgabe eines Empfangenen die Rede ist. Hier hat demnach der Debitor das **periculum** zu tragen. fr. 42. D. de jure dot. (23, 3.) fr. 1. §. 4. D. de Obl. et A. (44, 7.). Nur dann leidet dies eine Ausnahme, wenn das ganze **genus** zu Grunde gegangen seyn sollte, z. B. die Bibliothek aus der ein Buch vermacht ist. fr. 30. §. 5. D. ad L. Falcid. (35, 2.)

b) Wenn das Objekt deteriorirt worden ist.

Die Deterioration durch Zufall ist im Ganzen ein **onus creditoris**. Dies gilt aus denselben Gründen und mit denselben Be-

---

1) Zimmern, § 1. Brassier a. a. O. §. 4.

2) v. Wening Ingenheim II. §. 256, dem diese Darstellung der Unmöglichkeit der Erfüllung bei alternativen Verbindlichkeiten entnommen ist.

schränkungen, wie im vorigen Falle. **C. 2. Cod. de per. et comm. (4, 48.)** Nur bei der **obligatio alternativa** und der **obligatio**, die auf ein **genus** gerichtet ist, entsteht die natürliche Folge, daß die Gefahr den trifft, der die Wahl nicht hat, **fr. 10. f. D. de jure dot. (23, 3.)**, obgleich der Vortheil des Andern sehr oft dadurch beschränkt ist, daß er nicht von dem Schlechtesten, oder etwas Fehlerhaftes wählen darf. **fr. 110. de legat. I. (30.) fr. 33. §. 1. de solut. (46, 3.)** Bei der Forderung einer **species** gilt dies nicht. **fr. 26. §. 1. de legat. I. (30.) fr. 37. fr. 91. §. 1. de V. O. (45, 1.)** Hier kann der Gläubiger weder den Werth der untergegangenen Sache, (**fr. 33, 51, 83. §. 5. de V. O. (45, 1.)**), noch Ersatz der Verschlechterung fordern, **Const. 2. Cod. de per. v. commod. r. v. (4, 48.)**), wenn nicht der Debitor auf eine Weise, die zum Ersatz verbindet, den Zufall veranlaßt hat. **fr. 63, 89. §. 7. de legat. II. (31.) fr. 35. §. 2. ad S. C. Trebellianum. (36, 1.)**

§. 144.

B.

Bei Obligationen auf ein Thun und Leisten.

Hier sind in Ansehung des periculi zwei Fälle zu erörtern.

I. Wenn das **factum praestandum** durch einen **casus** verhindert wurde,

II. wenn bei Ausübung des **factum** ein Schaden veranlaßt wurde.

ad I. Hier kommen zwei Fragen in Betracht.

1) Kann hier bei zweiseitigen Obligationen die Gegenleistung gefordert werden? 2) Kann hier der Kreditor statt des **factum** ein Aequivalent verlangen?

Die erste Frage findet ihre Beantwortung in dem vorigen **§. 141 I.** α. und β. und **§. 142.** In Hinsicht der zweiten Frage ist zu antworten, daß der Kreditor im Allgemeinen kein Aequivalent fordern kann und also das **periculum** tragen muß. Indessen treten natürlich nach der Natur der einzelnen Kontrakte Ausnahmen ein, wo der Kreditor ein Aequivalent fordern kann. [1])

---

1) Wegen zu fordernden Lohns verweisen wir auf Thibaut, §. 478. 2. A.

ad II. Die allgemeine Regel ist, für dergleichen Schaden hat der Debitor keinen Ersatz zu fordern, wenn es gleich gewiß ist, daß ohne die Vornahme dieses Faktum der casus sich nicht zugetragen haben würde. fr. 26 §. 6. D. mandat. vel contra. (17, 1.) Dem widerspricht auch keineswegs fr. 61. §. 5. D. de furtis. (47, 2) Denn der Jurist stützt sich darauf, daß der Mandans sich in culpa befindet.

§. 145.

Kapitel IV.

Von den Verwendungen und deren Ersatz.

Der Grundsatz nach welchem das römische Recht bei der Lehre von den Verwendungen den Schadensersatz bestimmt, ist der: Niemand soll sich mit dem Schaden des Andern bereichern;[1] diese Ansicht stimmt so durchaus mit den natürlichen Principien überein, daß eine Sonderung derselben von den römischen unmöglich wäre; es liegt zu tief im Gefühl der Rechtlichkeit, der Billigkeit gegründet, daß, was ich zum Besten eines Andern gethan, mit natürlichen Beschränkungen nur von diesem zu ersetzen ist, welche Beschränkungen darin ihren Grund haben, damit nicht der Habsucht oder muthwilligen Kostenverursachung ein offnes Feld gewährt werde. — Die Römer bedienen sich so verschiedener Worte, und zwar ohne bestimmten Unterschied, um das zu bezeichnen, was wir Verwendungen nennen, daß man den Stellen Gewalt anthun muß, wenn man eine gesetzliche Verschiedenheit zwischen expensae und impensae annehmen will.[2]

Die gewöhnlichsten Ausdrücke sind: *sumtus*, fr. 18. §. ult. D. de donat. (39, 5.) fr. 79 de judic (5, 1.) fr. 22. §. 3. ad S. C. Trebell. (36, 1.) *Impensae* in fr. 38. D. de hered. petenda (5. 3.). fr 79 de V. S. fr. 14. de impens. in rem dot. (25, 1.) etc.; *expensae*, fr. 39. §. ult. De de minor.

---

1) Vergleiche Oben dritten Abschnitts erste Abtheilung, Kap I.

2) Vergl. dagegen Thibaut §. 179. und J. G. a Saavedra de expens. et melior. Marb. 1601. Valett. Pand. §. 88. Mackeldey, § 155. Valett, in d. theor. prakt. Abhandl. §. 1. Glück, Komment. XXVII. No. 10. S. 376. Mühlenbruch Pandekt. Recht II, 228. v. Wening Ingenheim, de impensis earumque restitutione dissert. Heidelb. 1841.

(4, 4.) Const. 12. pr. Cod. de pet. hered. (3, 31.) Const. 24. de negot. gest. (19, 2.). *Impendium* fr. 7. D. ad. L. Aq. (9, 2.) fr. ult. D. de his qui effud. et dejec. (9, 3) fr. 29. commun. divid. (10, 3.) fr. 27. §. 4. mand. (17, 1.) *Meliorationes*. Const. 24. Cod. de negot. gest. (19, 2.) Const. 3. Cod. de jur. Emphit. (4, 66.) Vergebens bemüht man sich, unter zwei Klassen die Verwendungen dahin zu ordnen, daß unter Impensen Aufwand auf eine Sache, und unter Expensen Auslagen, die nicht auf sie selbst gemacht wurden, sondern blos zu ihrem Zwecke, zu verstehen wären. Denn in mehreren Stellen wird das, was nach dieser Eintheilung Impensen seyn sollte, Expensen oder sumtus, und umgekehrt genannt. fr. 39. §. ult. de minor. (4, 4.) fr. 22. fr. 8. §. ult. rem rat. hab. (46, 8.) fr. 11. de legat. in II. Const. 24. de neg. gest. (19, 2.) fr. 30. D. de procur. (3, 3.) Auch hängt nirgendwo eine rechtliche Verschiedenheit von dieser Eintheilung ab, und mit Recht haben die älteren Juristen auf die mehrfachen Benennungen keine Rücksicht genommen, sondern beliebig bald mit Expensen, bald mit Impensen die Verwendungen bezeichnet. So Cujacius, Donellus, Faber u. A. Impensen sind daher überhaupt Auslagen oder Verwendungen unsers Vermögens zur Erreichung irgend eines bestimmten Zweckes, ohne Unterschied, ob einer Sache dadurch mittelbar, oder unmittelbar oder gar nicht ein Vortheil verschafft werden soll. Eine nicht unwichtige Frage ist es, ob auch der Aufwand von Kräften, Arbeit oder Fleiß zu den Impensen zu rechnen sey. Nur bei Gelegenheit der Societät finden wir die industria und labor vel opera dem Gelde gleichgestellt, und darnach ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der socius Mühe und Arbeit, als eine Verwendung betrachtet, in Anschlag bringen konnte. fr. 6. fr. 29. §. 1. fr. 80. pro Socio. (17, 2.) Schwerlich dürfte man indeß diese Eigenheit der Societät auf andre Rechtsverhältnisse ausdehnen, da immerwährend nur von der Verwendung des wirklichen Vermögens die Rede ist. Zudem mochte außer der Societät sich wohl selten ein Fall ereignen, wo Jemand eigne Mühe und Arbeit, besonders rücksichtlich der Sachen, in Anschlag bringen konnte. Dazu gebrauchte man ja Sklaven. Wohl aber muß es zu Verwendungen gerechnet werden, wenn zwar der, welcher die Auslagen machte, sein Vermögen noch zur Zeit nicht

vermindert hat, aber einen solchen Verlust befürchten muß. Dies ist der Fall, so oft der Beklagte die Sache wegen Obligation dazu übergeben hat. fr. penult. de hered. pet. (5, 3.) fr. 57. Dig. de Rei Vind. (6, 1.)

§. 146.

Das durch die ganze Lehre greifende Princip ist der Grundsatz: „Niemand soll sich mit dem Schaden des Andern bereichern", [1]) und zwar sind die Worte, „bereichern, reich, Reichthum," auf wirkliche Güter bezogen, und nicht etwa im bildlichen Sinne zu nehmen, daher auch in der Regel die blos zierenden Verwendungen gänzlich ausgeschlossen sind. Man muß daher Auslagen, die ein Andrer für Uns macht, ersetzen, wenn er es fordert, oder sich zuweilen einen Abzug gefallen lassen. fr. 206. de R. J. fr. 14. de cond. indeb. (12, 6.) fr. 38. de hered. pet. (5, 3.) Daran reiht sich noch die Betrachtungsweise, daß der, welcher sich in mala fide befindet, nicht so zu begünstigen ist, wie der in bona fide, ein Satz, der durchaus einen wichtigen Einfluß behauptet Nach diesen beiden Ansichten richten sich alle Verordnungen über Verwendungen, woferne sie nicht einzelne Rücksichten aufheben. Insbesondere geht jeder Anspruch auf Abzug oder Forderung als Ersatz der Verwendungen verloren, a) Wenn sie mit der Absicht gemacht werden, eine Schenkung zu geben. fr. 27. §. 1. fr. 41. de nogot. gest. (3, 5.) Const. 15. Cod. eodem (2, 19) Wenn dieser animus donandi vermuthet werde oder nicht, gehört nicht hierher. b) Auslagen, welche bei Gelegenheit eines Kontraktes nach der Natur desselben gemacht werden müssen, werden nach der allgemeinen Rechtsregel nicht angeschlagen. fr. 10. de R. J. fr. 13. de impens in res dot. fact. (25, 1.) fr. 7. §. 2. fr. 27. §. 3. ff. de usufr. (7, 1.) Gewöhnlich nimmt man hier den Fall aus, wo die übernommenen Lasten so groß sind, daß sie jeden erwarteten Nutzen oder Vortheil aufheben. Im römischen Recht findet sich Nichts von dieser Milderung und Leyser sagt wohl mit Recht [2]) addunt tamen limitationem doctores, nisi immodica sint onera, fructumque excedant. c) Natürlich kann

---

1) Andre, vorzüglich Mühlenbruch Pand. Recht. II. Bd. §. 228. nehmen als Princip an: „wer die Vortheile von einer Sache hat, soll auch ihre Nachtheile tragen."

2) Leyser ad Pand. sp. 106. med. 3. Voet, L. 7. t. 1. §. 38.

auch rücksichtlich eines Anspruchs auf Ersatz der Verwendungen eine vorgängige Konvention das Rechtsverhältniß ändern. fr. 55. §. 1. fr. 61. locat. (19, 2.) Einzelne Ausnahmen werden wir an ihren Orte berühren.

§. 147.

Sehr schicklich kann man die Verwendungen in gerichtliche und außergerichtliche eintheilen, und unter erstern die durch einen Streit vor Gericht entstandenen Auslagen verstehen, unter letzteren solche, welche gemacht werden, ohne daß die Sache streitig geworden ist. Man vergleiche z. B. Const. 13. Cod. §. 6. de judic. (3, 1.) tit. 51 lib. 7. Cod. de fruct. et lit. exp. mit fr. 51. D. de hered. pet. (5, 3.) tit. 1. lib. 25. D. de impens. in rem dot. (25, 1.) Wir wollen hier nur die außergerichtlichen behandeln, aber nicht, als gehörten die gerichtlichen nicht hierher. Vielmehr sind wir überzeugt, daß dieselben, so wie sie nur von den allgemeinen Principien des Schadensersatzes ausgehen, auch nur aus diesem Gesichtspunkte richtig behandelt werden können, und als ein Theil des Schadensersatzes unter die hier behandelte Rubrik gehören. Nur der Umfang der Lehre zum Theil, und andern Theils die vielen vorhandenen Bearbeitungen dieser Lehre bestimmen uns, sie hier zu übergehen. Wir verweisen nur unter Andern auf Weber über die Proceßkosten; Emmerich über deren Erstattung und Kompensation, Martin de justo suspendendo judicio de expensis und dessen Lehrbuch des gemeinen bürgerlichen Processes. Just. von Schmidt, Beiträge zur Lehre von den Proceßkosten, und andrer Lehrbücher des Processes.

§. 148.

Die Verwendungen, deren Verhältnisse wir nun bestimmen wollen, theilen sich in nothwendige, nützliche und zierende (verschönernde). fr. 79 de V. S. Ulp. fr. Tit. 6. §. 14, 15, 16.

Nothwendig heißen alle Auslagen, welche den Untergang oder irgend eine Verschlechterung der Sache abhalten. Meist will man sie blos auf den Fall des sonstigen Untergangs der Sache einschränken, allein wohl mit Unrecht, m. s. fr. 79. de V. S. *)

*) Vergl. Cujacius ad h. l. — quae si non fiant, rem demercire vel diminui sinunt. Voet, ad Pand. 25, 1, 1.

Nützliche Verwendungen sind diejenigen, welche der Sache einen Zuwachs an Vortheilen verschaffen, welche selbige bis jetzt noch nicht ergab, und zierende endlich solche, welche blos eine erhöhte Schönheit der Sache zur Folge haben. Ulp. Fr. tit. 6. §. 15, 16. fr. 8. §. 3. fr. 6, 7. D. de imp. in rem dot. (25, 1.).

Ehe wir diese drei Arten nach den verschiedenen Rechtsverhältnissen betrachten, scheint uns nothwendig, den besondern Unterschied anzuführen, nach welchem zur Erlangung des Ersatzes der Verwendungen bald nur eine Exception und die damit verbundene Retention, bald auch eine Forderung (actio) gestattet ist.

Der Besitzer nämlich als solcher, in so ferne die Intention seiner Verwendung auf die Sache selbst gerichtet ist, hat vom Gesetze keine Klagen erhalten, und er kann sich nur durch seine exceptio und die Retention sichern. Jeder Andere hingegen kann auf die Erstattung seiner Auslagen bald mit einer actio contraria, bald mit einer condictio bringen. [1]) fr. 14. de dolo malo et met. exc. (44, 4.) fr. 48. fr. 27. §. 5. de R. V. (6, 1.) fr. 33. de cond. indeb. (12, 6) fr. 14. §. 1. comm. divid. (10, 3.) Vergebens führt man dagegen die Const. ult. §. 1. i. f. Cod. de hered. pet. (3, 31.) an. Die Const spricht ja nur von dem Fallel, wo der Possessor dadurch eine Verwendung machte, daß er die Gläubiger des petitor bezahlte, weßwegen dieselbe auch nicht hinsichtlich der Sache gemacht wird, sondern für den Kläger, so daß der Possessor eigentlich als negotiorum gestor hervortritt und nicht als Besitzer der Sache handelte; [2]) denn in diesem letzten Falle eine negotior. gestor. actio geben zu wollen, wäre ganz gegen den Geist dieser actio. Sie steht nur dem zu, welcher fremde Geschäfte als solche führt, da jedoch jener, welcher auf eine Sache, die er als die seinige besitzt, Verwendungen machte, nicht dafür angesehen werden kann. Darum hieß es im Edikt des Prätor: Si quis negotia alterius etc. fr. 2 D de neg. gest. (3, 5.) fr. 14. §. 1. D. comm. div. (10, 3). [3]) Eben so wenig widerspricht nach densel-

---

1) Donellus comm. d. j. c. lib. 20, cap. 7. Fabr. error pragm. 26. E. 9 u. 10. Herald. de rer. jud. l. 2. cap. 23. in Otto thes. t. 2.

2) Vergl. Valett, Pand. §. 89.

3) Coccej. j. contr. III. 15. quaest. 1—5. Fabr. ration. l. 10. t. 3. fr. 29.

den Gründen fr. 6. §. 3. de neg. gest. (3, 5). Von größerer Bedeutung ist das fr. 40. de cond. ind. (12, 6.) Darnach scheint Marcianus dem Possessor wenigstens eine condictio einzuräumen; und doch spricht eine Stelle des nämlichen Titels für Uns. Denn Julian in fr. 33 schließt offenbar jene condictio aus und widerspricht dadurch dem Marcian geradezu. Doch läßt sich dieser Gegensatz leicht heben, wenn man zugiebt, daß hier ausnahmsweise dem Erben eine cond. incerti zugestanden werde. Diese Erklärung rechtfertigt sich durch das fr. 21. ad S. C. Trebell. (36, 1.), welches jede Ausdehnung ausschließt. Aristo stellt zuerst den Erben allen denen gleich, welche die Retention, die ihnen ausschließlich zukömmt (quas solas habent-retentiones), haben, und ertheilt ihm dann als eine Ausnahme die condictio — sed posse eum. Noch liegen einige Schwierigkeiten in der Const. 5. Cod. de R. V. (3, 32.). Machte der m. f. poss. keine nothwendigen Auslagen, so ist ihm die Forderung versagt; waren sie aber nothwendig, könnte man weiter schließen, wird sie ihm zugestanden; allein unter repetitio ist wohl hier die Gegenforderung zu verstehen, welche die Const. dem b. f. poss. zuspricht, dem m. f. poss. aber abspricht. In diesem Sinne wird auch repetere in d. Const. 18. i. f. Cod. ad L. Jul. de adult. (9, 9.) genommen. Und so kann man das fr. 41. D. de R. J. erklären, ohne daß man Statt repetitioni, gegen das Zeugniß aller Manuscripte, retentioni zu lesen braucht. [1]) Vergl. fr. 1. D. fr. 12. de except. et. praes. (44, 1.) fr. 19. de probat. et praescr. (22, 3.)

Endlich muß es noch als eine Ausnahme bei eingestürzten Gebäuden gelten, daß die Baumaterialien gefordert werden können, nicht aber die Auslagen nach fr. 7. §. 10 de acq. rer. dom. (41, 1.) und Const. 2. Cod. de R. V. (2, 32.) Indeß ist gewiß, daß in der Praxis häufig jene gewöhnliche Meinung angenommen ward. [2])

Neben der Exception hat der Besitzer auch noch das Retentionsrecht, nicht deßwegen, weil er Besitzer ist, sondern nach der Natur

1) Godofr. de R. J. und Cujacius eod. loc. Faber ration. de her. pet. (5, 3.) sagt zu fr. 38 sic procul dubio accipi debet, ut eos repetant per retentionem tantum, non per actionem.

2) Molinaeus ad Cons. Par. t. 1. §. 1. Gl. no. 105. Struv. 11, th. 36.

der Retention darum, weil der Kläger in einem Obligationsverhältnisse so lange zu ihm steht, bis er seinerseits die Verwendungen ersetzt. Denn die Retention ist nichts Anderes, als das Recht, die Zurückgabe einer Sache so lange aufzuschieben, bis eine gegenseitige Verbindlichkeit erfüllt ist. Dies Recht ist auch in Hinsicht der Impensen dem Impendenten deutlich zugestanden in fr. 33. de cond. ind. (12; 6.) fr. 2. pr. de L. Rh. (14, 2.) fr. 14. pr. de donat. (39, 5.) fr. 14. §. 1. commun. divid. (10, 3.). Die Ausnahmen dieser Regel werden noch besonders berührt werden.

Zu merken ist außerdem, daß die impensae mit den genossenen Früchten kompensirt werden. fr. 48 de R. V. (6, 1.) Hat man die Sache ohne Abzug der Verwendungskosten herausgegeben, so kann man den Ersatz mit der condictio indebiti verlangen. fr. 12. §. 6. de cond. ind. (12, 6.) fr. 5. §. 2. D. de imp. in res. dot. (25, 1.) [1])

Unsre Praxis giebt jetzt eine actio in factum auf Ersatz.

§. 149.

Einzelne Rechtsverhältnisse.

1) Beim Besitze.

Hier gelten folgende Bestimmungen:

1) Nothwendige Auslagen werden, ohne zwischen mala fides und bona fides zu unterscheiden angerechnet. Const. 5. Cod. de rei vind. (3. 32.) [2]) Als solche nothwendige Auslagen werden überhaupt alle angesehen, die zur Gewinnung und Erhaltung der Früchte dienen, und daher angeschlagen, sobald die Früchte restituirt werden sollen. fr. 36. §. ult. de her. pet. (5, 3) fr. 7. solut. matr. (24, 3.) fr. 51. pr. famil. ercisc. (10, 2.). Doch geht dies nur so weit, als der Petitor wirklich durch die Verwendungen bereichert wird, und zwar sowohl bei dem bonae als dem malae fidei possessor. Gewöhnlich läßt man für Beide ganz unbedingt die Vergütung zu, allein a) es fällt hier die ganze Ursache weg, aus welcher Verwendungen erstattet werden, wenn der Kläger keinen Gewinn machte, nach dem Princip dieser Lehre: aequum est, ne-

1) Valett's Abhandlungen. Bd. 1. S. 45 — 48.
2) Cujacus lib. 10. obs. 1.

minem cum alterius detrimento locupletiorem fieri. b) Nach dem vorher Gesagten hat der Possessor keine Klage. Ist nun aber die Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, so wird aber auch gegen ihn die Klage nicht Statt finden, und somit die Exception gleichfalls unnütz seyn. Sollte jedoch der Possessor wie immer die Schuld an dem Untergange der Sache haben, so tritt das alte Verhältniß ein, welches vorhanden wäre, wenn die Sache selbst existirte, da an ihre Stelle der Werth der verlornen Sache tritt, und davon die Verwendungen abgezogen werden können. Nur eine Stelle scheint für die gemeine Meinung zu sprechen; nämlich fr. 38 de her. pet. (5, 3) Hier heißt es deutlich, daß der b. f. poss. in jedem Falle, wenn auch die Sache nicht existirt, dennoch die Verwendungen abziehen könnte. Nur der m. f. poss. wäre auf das beschränkt, um was die Sache wirklich besser geworden. Faber in seinen Rationalien findet diese Stelle gleichfalls mit dem Geiste der ganzen Lehre unvereinbar und sagt dazu: est igitur loci hujus sententia per absurda, sive quod magis credideris Tribonianae jurisprudentiae, cui familiare est, ut comparationes istas et similitudines conquirat ex iis, quae simile nihil omnino habeant Doch Sammet in der Hermeneutik des Rechts sagt Folgendes von ihm: „Er emendirt zu oft und ohne Noth, und fingirt zu oft emblemata Triboniana, wo es nicht nöthig ist, so oft, als er sich nicht zu helfen weiß.“ Wir glauben folgenden Ausweg benützen zu müssen, und nehmen an, daß Paulus seine Worte nur auf die hereditas angewendet wissen will. Dem liegt auch eine wichtige Ursache zum Grunde, die beim Besitze einzelner Dinge nicht anwendbar ist; denn dort hat der Besitzer nur eine Forderung, die ihm nützlich bleibt, hier nur eine Retention oder Exception, welche, wenn die einzelne Sache untergegangen, unnütz wird. Auch dauert das Princip der Verwendungen bei der Erbschaft, als einer universitas fort, während es bei der res singularis mit ihr wegfällt; denn die ganze universitas ist durch Verwendung auf eine Sache aus derselben bereichert und haftet in so ferne noch immer dafür, da dies mit der einzelnen Sache, wenn sie zu Grunde gegangen, aufhört; *) auch

*) Auch Cujacius in Paul. lib. XX. ad Edict. ad l. 38. bezieht den Unterschied dieses Fragments hinsichtlich des m. u. b. f. poss. nur auf die hereditas.

stellt sich so in der hereditas wieder ein gleiches Verhältniß zwischen dem Besitzer und dem Kläger her, da ersterer immer, wenn er gleich b. f. possess. war, selbst die Früchte, die bereits percipirt sind, restituiren muß. fr. 20. §. 3. §. 12. de h. p. (5, 3). Der Dieb hat niemals einen Anspruch auf Erstattung der Verwendungen; Manche wollen ihn jedoch bei nothwendigen Auslagen dem m. f. poss. gleichstellen. [1]) Den Dieb schließen davon offenbar aus fr. 13. de cond. furt. (13, 1.) Const. 1. Cod. de inf. expos. (8, 52.)

§. 150.

2) Die nützlichen Verwendungen kann der b. f. poss. abziehen, so ferne der Kläger dadurch wirklich bereichert ist, und die Sache, in welcher die Verwendung besteht — die Verwendung selbst — nicht lieber wegnehmen lassen will. In dem Falle, in dem der b. f. p. sich blos mit der Wegnahme begnügen muß, darf er sich zwar nicht wegen einer Beschwerlichkeit, oder eines Schadens, den der Herr dabei leidet, beschränken lassen, jedoch auch den vorigen Zustand der Sache nicht verschlimmern und für sich einen wirklichen reellen Vortheil erwarten können, welchen der Kläger ihm selbst ablösen darf. [2])

Der Kläger muß also a) wirklich bereichert seyn. Dazu ist erforderlich 1) daß die Verbesserung noch existire. fr. 29. u. 38 ff. de R. V. (6, 1.); daß die letzte Stelle nur auf den b. f. poss. geht, ist klar, denn das imprudens emere ist so viel als b. f. emere. fr. 52 §. 3. pro Soc. (17. 2.) fr. 24. §. 1. de act. E. V. (19, 1.) fr. 17. §. 4. de Aed. Ed (21, 1.) 2) Daß der Kläger so wohlhabend ist, daß er die Ablösung bewerkstelligen kann, ohne seine Sachen veräußern zu müssen. fr. 38. de R. V. (6, 1.). Doch wird immer angenommen, daß der Kläger durch die Impensen bereichert werde, wenn er die Sache feil hatte oder überhaupt verkaufen wollte. fr. 29. fr. 38. R. V. (6, 1.), oder wenn er die Verwendung selbst gemacht haben würde. fr. 38. de R. V. (6, 1.)

---

1) Harprecht ad §. 31. Inst. de act. no. 23. etc. Cujac. ad Paul. Ed. lib. XXI. ad fr. 13. cit.

2) Donellus l. c. L. 22. cap. 7.

b) Er muß die Verwendung nicht lieber wegnehmen lassen wollen. Dies hängt theils mit dem Principe der Lehre selbst zusammen, da dann die Bereicherung des Klägers wegfällt, theils mit dem allgemein gültigen Satz, daß man Niemand Etwas zu kaufen zwingen kann, wie dies überhaupt bei keinem Kontrakte geschehen kann. Const. 16. Cod. de jure delib. (6, 30.)

c) Um einen Schaden, den der Herr dabei leidet, braucht sich der b. f. poss. nicht zu bekümmern. Dies beweiset fr. 37. de R. V. (6, 1.) Am Ende des fr. spricht nämlich der Jurist ausschließlich nur vom m. f. poss. aus, daß er nur, so weit es ohne Nachtheil der Herrn geschehen könne, die Verwendungen wegnehmen dürfe, und entbindet daher den b. f. poss. von dieser Beschränkung.

d) Er darf den vorigen Zustand der Sache nicht verschlimmern rc. — Dies bestimmt fr. 38. de R. V. (6, 1.)

Der malae fidei possessor hat kein Recht auf Abziehung der nützlichen Verwendungen, fr. 7. §. 12. de acq. rer. dom. (41, 1.) fr. 37. de R. V. (6, 1.) Const. 5. Cod. de R. vind. (3, 32.); außer bei der hereditas, so weit es ohne Schaden des petitor und der Sache geschehen kann. fr. 38. D. de her. pet. (5, 3.)

3) Zierende Verwendungen kann der b. f. poss. nur dann in Abrechnung bringen, wenn der Herr wirklich dadurch bereichert ist, oder bei einer Erbschaft. fr. 39. §. 1. de her. pet. (5, 3.). Sonst kann er sie immer, so wie der m. f. poss., wegnehmen.

Eine Bereicherung tritt ein, wenn die Sache zum Kauf ausgeboten wird. fr. 28. u. fr. 29. de R. V., indem der Werth der Sache dadurch steigt, und wenn der Herr dieselben Verwendungen gemacht hätte. fr. 25. de pign. act. (13, 7.) fr. 10. mandat. (17, 1.) fr. 30. de R. V. — Der m. f. poss. kann sie ebenso wegnehmen nach fr. 39. §. 1. de h. pet. (5, 3.), da doch unter supervacuas nichts Andres zu verstehen ist.

§. 151.

2) Bei der Nutznießung.

Ganz im Geiste des allgemeinen Principes bei allen Verwendungen hat der Usufruktuar nur dann Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen, wenn dieselben nicht allein für seinen Vortheil berechnet

waren, sondern auch für die Sache einen dauernden Vortheil hervorbringen. Daher muß er alle nöthigen Lasten und alle zur Ausübung seines ususfructus nothwendigen Auslagen tragen. fr. 7. §. 2. fr. 27. §. 27. ff. de usufr. (7, 1.). Wer die Vortheile hat, muß auch die Nachtheile tragen. fr 10. de R. J. Ist aber eine Verwendung der Art, daß sie eine Wirkung hervorbringt, welche größer ist, als er sie zu Ausübung seines Rechtes bedürfte, daß sie also nicht seinen Vortheil allein bezweckte, sondern vielmehr einen Gewinn für den proprietarius allein hervorbringt, so hat er Anspruch auf Ersatz seiner Verwendung. fr. 7. §. 2. de usufr. (7, 1.). Const. 7. Cod. de usufr. (3, 33.) Auf diese Art muß man den Ausdruck modica erklären, denn eine gewisse Summe läßt sich da nicht festsetzen; auch wollte es das Gesetz nicht. Glossa ad h. l *) Ein eigner Grundsatz kommt in Anwendung, wenn er ein Gebäude aufführt. Es ist sehr wohl möglich, daß er es zur Verbesserung seiner Nutznießung thut, allein es bleibt doch dem Andern, und warum soll dieser nicht ersetzen, oder wenigstens die Wegnahme erlauben, da doch der Andre kein malae fidei possessor ist? ja auch selbst nicht schlechthin angenommen werden kann, daß er von dem Zeitpunkte seines Baues an in mala fide versire. Daß der proprietarius nicht ersetzen müsse, geht aus dem allgemeinen Satze hervor, daß Niemand zur Eingehung eines Kontraktes gezwungen werden könne. Const. 5. Cod. de Obl. et Act. (4, 10.) Warum aber auch keine Wegnahme gestattet werde, erläutern fr. 2. de superf. (43, 18.) fr. 23. de R. V. (6, 1.) fr. 74. de R. J. Ganz natürlich folgt daraus, daß er, wenn das Haus zerstört ist, die Materialien vindiciren könne. fr. 15. proem. de usufr. (7, 1.) fr. 7. §. 10. de acq. rer. dom. (41, 1.) Const. 2. Cod. de R. V. (3, 32.)

§. 152.

3) Bei der *Emphyteusis.*

Indem der Emphyteuta allen Nutzen des ager vectigalis hat (§. 3. Inst. de loc. cond. (3, 25.)) fr. 1. pr. u. §. 1. si ager vect. (6, 3.), und sogar sein Recht als revokables Eigenthum an-

*) Fabri ration. ad fr. 7. §. 2. de usufr.

zusehen ist, so ist natürlich, daß er alle Lasten, alle Verwendungen der Bebauung und Benützung trage. Const. 2. Cod. de jure Emphyt. (4, 66.) Nur solche Verwendungen, die nicht in der Natur des Kontraktes liegen, kann er zurückfordern. Nov. 120. cap. 8.

§. 153.

4) Beim Pfandkontrakt.

Auch hier kehrt der alte Grundsatz wieder zurück, indem die Gesetze dem Kreditor eine Forderung (actio pigneraticia contraria) auf Ersatz der Impensen gestatten, und zwar selbst bei nothwendigen nicht unbedingt, wie die gewöhnliche Ansicht ist, sondern nur in so weit, als der Debitor nicht auch alle Vortheile wieder verliert. Nützliche Verwendungen aber können allein nur dann in Anschlag gebracht werden, wenn sie bereits vom Herrn angefangen, oder doch mit seinem Willen unternommen sind, »ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur« sagen die Gesetze. Dies beweisen fr. 8. pr. h. t. fr. 25. eod. (13, 7.) Const. 7. Cod. eod. (4, 24.) [1])

§. 154.

5) Bei der Dos. [2])

Nothwendige Verwendungen, so ferne die Dos wirklich durch sie gewinnt, und sie nicht blos auf den Erwerb oder die Erlangung des Genusses für den Mann abzielen, müssen ersetzt werden. fr. 1. §. 2. §. 3. fr. 3. §. 3. fr. 15. fr. 16. fr. 13. D de impens. in r. dot. fact. (25, 1.). [3]) Der Mann hat deßhalb auch nach neuerem Rechte noch die Retention und Kompensation, außerdem nach altem Rechte eine condict. indebiti, und eine act. negot. gest. oder mand. fr. 5. §. 2. de imp. in r. d. (25, 1.) fr. 56 §. ult.

---

1) Paul. sent. rec. 2, 14. §. 7. Schulting ad Paul sent. rec. 2, 14, not. 1. jus. ant.

2) Donelli comm. jur. civ. l. 14. c. 8. §. 4. ff. Majansii disp. de impens. in r. dot. f. (disp. jur. civ. T. 1. disp 28.) Valett. dissert. de retent. ex dote faciendis. Glück, Bd. 27. S. 374—454.

3) Wernher lect. c. L. 25. t. 1. §. 2. Müller ad Leyser observ. 375. A. M. Leyser, spec. 321.

de jur. dot. (23, 3.) Const. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5, 13.).[1] Was das ipso jure minuitur dos bedeute, erklärt Ulpian selbst in fr. 5. D. h. t. (25, 1.)[2]

Nützliche Verwendungen werden nur erstattet, wenn sie mit Wissen und Willen der Frau gemacht, und nicht so groß sind, daß die Frau zu ihrer Erstattung etwa gar die Dos veräußern müßte. (So ist das modicae zu erklären.) fr. 8. h. t. (25, 1.) Const. un. Cod. de rei uxor. act. (5, 13.). Ehedem konnte auch bei diesen Impensen der Mann sich des Exceptionsrechtes bedienen. Ulp. fr. t. 6 § 9. Cod. Theod. Const. 2. de dot. fr. 5. fr. 15. D. h. t. (25, 1.). Erst Justinian hob dies auf in Const. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. (5, 13.)[3] und zwar ohne Beschränkung, denn er wollte, daß die Dos sogleich und ganz wie sie gegeben, zurückkommen soll. Dafür gab er aber dem Manne die act. mand., wenn die Frau die Verwendung haben wollte, und die negot. gest. act., wenn sie nur darum wußte, die Sache aber wirklich nützlich ausfiel. Adde fr. 79. de V. S.

Wegen zierender Verwendungen findet keine Forderung Statt, sondern nur eine Wegnahme, so ferne sie nicht schädlich ist, und zwar selbst, wenn sie mit Willen der Frau gemacht sind. Wollte die Frau auch die unschädliche Wegnahme nicht zugeben, oder könnte sie bei einem vorhabenden Verkaufe wegen derselben, die Sache besser ausbringen, so erhält der Mann die Forderung wieder. Const. 1. §. 5. Cod. cit. fr. 9, 10, 11. D. h. t.[4]

§. 155.

6) Bei der Erbschaft.

Ersatz der nothwendigen und nützlichen Auslagen kann gefordert werden vom b. f. poss. selbst dann, wenn die Sache nicht mehr

1) Thibaut, Pand. §. 358. Glück, Bd. 27. S. 382. ff. A. M. Valett. Abh. 1. Bd. no. 1. Pandekt. §. 800 ff. Voet, L. 25. t. 1. §. 1. Vergl. Schenk, Retentionsrecht S. 203—209, 227—229.

2) Vergl. Valett, Pand. §. 800. Glück, Bd. 27. S. 380, n. 19. Cujac. Obs. 23. Obs. 12.

3) Vergl. Thibaut, Pand. §. 358 b. Cocceji, Jus contr. l. 25. t. 1. Lauterbach, coll. L. 25. t. 1. §. 10. Valett, Pand. 802.

4) Thibaut, Pand. §. 358 c.

existirt, vom m. f. aber nur, so ferne die Verwendung noch vorhanden ist. fr. 38. de her. pet. (5, 3.) Gewöhnlich will man den Unterschied wegen der Existenz der Verwendungen zwischen b. f. und m. f. poss. nur auf die utiles beziehen, allein das fr. spricht offenbar von beiden, und trennt nur auf die angegebene Weise den Ersatz beider. Natürlich werden, da die Früchte zu restituiren sind, auch die Auslagen dafür, so weit die Restitution geht, ersetzt. fr. 51. fam. ercisc. (10, 2.) fr. 36. §. ult. de her. pet. (5, 3.) Doch mit dem Unterschiede zwischen b. f. und m. f. poss., daß der erstere auch dann Ersatz fordern kann, wenn sein Aufwand auf Früchte vergeblich war. fr. 37. de her pet. (5, 3.) [1])

Zierende Verwendungen kann ausschließlich der b. f. poss. ersetzt fordern, der m. f. p. sie aber nur wegnehmen, wenn dadurch der Sache kein Schaden erwächst. fr. 39. §. 1. de her. pet. (5, 3.) [2])

§. 156.

7) Beim Leihkontrakt.

Der Ersatz nothwendiger Verwendungen kann mit der **actio commodati contraria** gefordert werden, nur da nicht, wo nach der Natur des Kommodats der Kommodatar sie machen muß, wie z. B. die Versorgung kommodirter Sklaven oder Thiere. Ganz unbedeutende Auslagen dürfen nicht in Anschlag gebracht werden, nach der Natur des Kommodats, welches allen Nutzen dem Kommodatar zuwendet. Dies erklärt deutlich fr. 18. §. 2. Commod. (13, 6.) Nützliche Verwendungen werden nicht abgerechnet, außer wenn ein besondrer Grund, nämlich der Wille des Herrn eintritt, so wie beim Pfandkontrakt. fr. 25. de pign. act. (13, 7.). Retentionsrecht hat er nicht. fr. 18. §. 2, 4. D. commod. Const. ult. Cod. de commod. (4, 23.) [3])

---

1) Valett, Pand. §. 1041. Thibaut, Pand. §. 894. Fabri ration. ad h. l. de her. pet.

2) Donellus Comment. ad lib. 30. cap. 7. Abth. o. Fabr. rat. ad h. l. Thibaut, § 89. 4.

3) A. M. G. L. Böhmer de jure retent. §. 13. Faselius, vom Retentionsrecht, §. 19 n. o. Valett, Pand. 521.

§. 157.

8) Beim Hinterlegungskontrakt.

Was vom Leihkontrakt gilt auch von diesem, nur daß hier jene Ausnahme wegen der Ernährung wegfällt, die natürlich hier ersetzt gefordert werden kann. fr. 12. §. 1. fr. 23. D. depos. (16, 3.). Merkwürdig ist noch, daß nach neuerem Rechte dem Depositar wegen seiner Auslagen keine Retention mehr zusteht. Const. 11. Cod. depos. (4, 34.) Vergl. Const. 14. Cod. de compens. (4, 31.) §. 30 Inst. de act. (4, 6.) Nov. 88. c. 1.

§. 158.

9) Beim Kaufkontrakt.

Der Verkäufer kann Ersatz für Verwendungen nach perfektem Kontrakte mit der actio venditi fordern, für nothwendige immer, für nützliche, wenn nur wahrscheinlich war, daß der Käufer sie noch machen werde. fr. 13. §. 22. D. de act. E. V. (19, 1.) Const. 16. Cod. eod. (4, 49.). Auf zierende Verwendungen erstreckt sich die Vorschrift nicht.

§. 159.

10) Beim Mieth- oder Pachtkontrakt.

Der Miether kann Ersatz für seine nothwendigen Auslagen fordern nebst den Bestellungskosten des letzten Jahres mit der actio conducti, für die nützlichen nur in so ferne, als die Sache wirklich dadurch verbessert ist, und es dem Vermiether nicht zu lästig fällt. fr. 55. §. 1. fr. 61. pr. D. loc. (19, 2.) *) Natürlich ist auch jeder Aufwand dann zu ersetzen, wenn der Vermiether seinen Willen dazu giebt. fr. 61. cit. Dem scheint fr. 19. §. 4. eod. zu widersprechen, allein dies fr. spricht nur von dem Falle, wo der Miether selbst die Verwendungen wegnehmen will, was ihm bei den voluptuariis immer gestattet ist, denn außerdem zieht er die Auslagen an dem Miethgelde ab. fr. 1. §. 3. de via publ. (43, 10.), oder fordert den Ersatz vom Lokator. fr. 55. h. t. (19, 2.)

§. 160.

11) Bei dem Gesellschaftsvertrag.

Vom Ersatze der Impensen bei Gesellschaften kann nur dann die

*) Huber, praelect. ad D. l. 19. tit. 2. §. 7—18.

Rede seyn, wenn sie generelle, nicht aber, wenn sie universelle sind, denn wie jeder Gewinn, so ist auch bei letztern aller Verlust und Aufwand ohne Rücksicht gemeinschaftlich, gleich viel, was gerade Einer gebraucht, aber auch, wie viel er aufgewandt habe. Daher erfolgt auch eine Theilung nach Köpfen. [1]) Man theilt ohne zu berechnen, ob Einer mehr oder weniger beigetragen habe. **fr. 52. fr. 73. §. 1. fr. pen. §. 2. pro Socio (17, 2.).** So wie aber nach der Natur aller andern nicht universellen Gesellschaften verhältnißmäßig Lasten und Gewinn getheilt sind, so werden auch nützliche und nothwendige Verwendungen **pro rata** angerechnet. **fr. 38. §. 1. fr. 52. §. 4. pro Soc. (17. 2.)** und dem, der sie gemacht, dieselben verzinset. **fr. 67. §. 2. D. pro Socio (17, 2).**

§. 161.

12) Beim Bevollmächtigungskontrakt.

Jeder Aufwand, den der Mandatar nach der Wesenheit seines Geschäfts für den **mandans** machen mußte, ist letzterer zu ersetzen verbunden. Daß dahin auch die Entbindung von allen als Mandatar übernommenen Verbindlichkeiten gehöre, versteht sich von selbst. **fr. 45. §. 5. fr. 26. §. 4. u. 7. mand. (17, 1.) fr. 12. eod.** Natürlich durfte der **mandatarius** auch die Grenzen seines Geschäftes nicht überschreiten, sonst kann er keinen Ersatz mehr verlangen. **fr. 21. fr. 33. fr. 3. §. ult. fr. 8. h. t. (17, 1.)** Die Auslagen sind auch mit Zinsen zu ersetzen, [2]) sobald der Mandatar solche hätte erhalten können. **fr. 10. §. 9. fr. 12, §. 9. D. h. t. Const. 20. §. 1. Cod. mand. (4, 35.)**; selbst wenn die Auslagen ohne Erfolg geblieben und nur mit hinreichender Ueberlegung gehandelt ist, müssen sie ersetzt werden. Jedoch nur der zur genauen Ausrichtung des Auftrags eigentlich nothwendige Aufwand begründet die **actio mandati**, der nützliche nur die **actio negotiorum gestorum.**

§. 162.

13) Bei der Geschäftsführung.

Der Dominus ist verbunden, die Auslagen dem **gestor nego-**

---

1) Thibaut, §. 541. Lauterbach, l. 17, t. 2. §. 18. Struv. synt. eod. th. 27. Voet ib. §. 27. A. M. Valett, Pand. §. 547.

2) Lauterbach, §. 37.

tiorum zu ersetzen fr. 2. fr. 45. pr. D. h. t. (3, 5.) fr. 28, 35. eod. Dahin gehört auch die Abnahme der Verbindlichkeiten, die der gestor für diesen Zweck übernommen hat, fr. 2. eod. Von Vergeltung der Mühe kann nicht die Rede seyn. Der neg. gest. kann also alle Auslagen erstattet verlangen, die er vernünftig und zweckmäßig gemacht hat. Da nur das nützlich scheinen kann, wie weit man eben Auslagen machen sollte. fr. 31. §. 4. h. t. fr. 10. D. h. t. (3, 5) Darauf beruht es, daß er für impensae voluptuariae keinen Ersatz verlangen kann. fr. 27. pr. D. h. t. (3, 5.) fr. 3. §. 4. D. de in rem verso (15, 3.). So wie dies auch bei der versio in rem ganz analog Rechtens ist. fr. 17. princ. de in rem verso. (15, 3.) Indessen kann er doch Alles ersetzt fordern, wenn der Prinzipal einmal das Verfahren genehmigt; und hat er zu viel aufgewendet, so kann er davon wenigstens so viel erstattet verlangen, als vernünftig und zweckmäßig ausgegeben ist. fr. 9. fr. 25. D. h. t.

Selbst wenn durch einen Zufall der günstige Erfolg der Verwendungen vereitelt wurde, kann er sie ersetzt verlangen, sobald sie nur ab initio zweckmäßig und vernünftig gemacht sind. fr. 10. §. 1. fr. 12. §. 2. fr. 22. D. h. t. Nur muß er natürlich an dem Untergange nicht Schuld gewesen seyn. fr. 22. h. t. *) Ausnahmen, daß der gestor nur so viel ersetzt verlangen kann, als der Dominus reicher wurde, sind:

a) wenn er die negotia eines Pupillen gerirt hat. fr. 3. §. 4. fr. 6. pr. fr. 37. pr. D. h. t. Const. 2. Cod. h. t. (2, 19.);

b) der neg. gest. der mala fide seinen eignen Vortheil dabei bezweckt, kann nur so viel ersetzt fordern, quatenus locupletior dominus factus est. fr. 6. §. 3. D. h. t. (3, 5.);

c) der neg. gest., der unnöthige Geschäfte gerirt hat, die der Dominus nicht zu übernehmen pflegt, ist auch für den Schaden dabei aus casus verhaftet. fr. 11. D. h. t.

Der negot. gest. kann auch die Zinsen seiner Auslagen fordern, sobald er selbst wegen derselben Zinsen entbehrt hat. Natürlich werden die Zinsen nach der Richtigkeit seiner Verwendungen be-

---

*) Vergleiche die Beiträge v. Wächters zu d. Lehre d. negot. gestio. Archiv f. civ. Pr. Bd. 20. Hft. 3. No. 11.

stimmt. fr. 19. §. 4. D. h. t. fr. 37. D. de usuris (22. 1.). Const. 18. Cod. de neg. gest. (2, 19.).

Diese Auslagen sind in der Regel vom Dominus wieder zu fordern, zuweilen aber auch von einem Dritten, sobald die negotia um dessen Interesse willen indirekt gerirt sind. fr. 6. pr. §. 6. fr. 46. pr. D. h. t. (3, 5.), jedoch nur subsidiarisch und soweit dieser Dritte dadurch bereichert ist. fr. 27. eod.

Wer das Recht haben will, seine Auslagen wieder zu fordern, darf sie nicht animo donandi gemacht haben. fr. 4. fr. 27 §. 1. fr. 44. D. h. t. Const. 11, 12, 15. Cod. h. t., welches aber in der Regel,[1]) bei freiwilligen Verwendungen nicht vermuthet wird. Const. 13. Cod. h. t. Const. 3 Cod. de contr. jud. (5, 58.) Const. 1. Cod. ubi pupillus educari (5, 49.); ebenso können sie natürlich nicht gefordert werden, wenn der neg. gest. versprach, die Geschäfte zu führen, ohne Ersatz dafür zu verlangen. Dies ist der Sinn der fr. 10. pr. h. t. Der Herr muß ferner auch in solchen Verhältnissen seyn, daß er einem solchen Aufwande gewachsen ist, und nicht etwa sein Unvermögen gar schon an den Tag gelegt haben. fr. 10. §. 1. h. t. So gilt dies auch vom Pupillen nach fr. 3. de contr. tut. et ut. act. (27, 4.) Vergl. noch fr. 25. de pign act. fr. 38. de R. V. (6, 1.)

Die Verbindlichkeit zur Vergütung hört auch auf, wenn ein Anderer seine Dienste unentgeltlich anbot. Const. 2. i. f. Cod. h. t. Auch kann man nicht, wo man wider den Willen des Dominus handelt, denselben verbinden Const. 24. Cod h. t., auch darf dem Geschäftsführer die Verwaltung nicht durch ein erlaubtes, schriftlich, oder vor Zeugen ausgesprochenes Verbot untersagt seyn; ein unerlaubtes und nichtiges Verbot wird aber nicht geachtet. fr. 14. §. 13. de religiosis (11, 7.).[2])

Auch darf die ganze Geschäftsführung nicht gleich Anfangs für den Dominus gänzlich nutzlos gewesen seyn. Der Geschäftsführer verfolgt seine Rechte mit der actio negotiorum contraria, oder auch, wenn in der Folge eine Genehmigung von Seiten des Dominus erfolgt seyn sollte, mit der actio contraria.

---

1) Ausnahme davon siehe Thibaut Pand. §. 243.

2) Brunnemann, Comment. ad Pand L. 3 t. 5. ad L 43. Archiv für civilist. Praxis. 8. Bd. Hft. S. 2. 265 u. 266. v. Marezoll, Bemerk. aus dem Gebiete d. Civilrechts.

Der m. f. p. unterscheidet sich in allem dem, daß er nur stets so weit die Verwendungen existiren, eine Forderung auf Ersatz hat. fr. 6. §. 3. h. t. Dies verändert man oft dahin, daß der m. f. p. nur auf Ersatz seiner nothwendigen Auslagen Anspruch haben soll, und zwar unbedingt. Wir glauben dies nicht annehmen zu dürfen, denn die Const. 5. Cod. de R. V. (3, 32.) sagt nur, daß der m. f. p. wegen der nothwendigen Auslagen und ihrer Forderung eine Exception habe, bestimmt aber nicht in wie weit, was denn das cit. fr. 6. §. 3. h. t. ergänzt. [1])

§. 163.

14) Bei den Leichenkosten.

Wenn Jemand, der nicht dazu verpflichtet war, aus freiem anständigem Antriebe, eine Beerdigung besorgt hat, so kann er mit der actio funeraria auf Erstattung seines Aufwands klagen gegen den, welcher zu diesem letzten Dienste verbunden war. Diese Klage ist offenbar nur eine Species der actio negot. gest. contrar., aber von den Römern als eine besondre Klage hervorgehoben. fr 12. §. 2, 3. D. de religios. (11, 7.) [2]) Jeder aus dem Volke kann die Beerdigung besorgen, fr. 12. eod., sogar gegen das Verbot des Verpflichteten, fr. 14. §. 13. eod., und hat diese Klage auf Ersatz seiner Auslagen. Wandte Jemand durch solche Beerdigung für seine Miterben etwas auf, so hat er den Ersatz mit der actio familiae herciscundae zu fordern. fr. 14. §. 12. ebd.

Bei der actio funeraria gelten die Hauptgrundsätze der negot. gest. Es muß das Begräbniß also auch nicht animo donandi geschehen seyn; und geht die Klage gegen den, dem die Besorgung des Begräbnisses oblag. fr. 14. §. 7, 17. D. eod. Dies sind vor Allen der Erbe nach der Größe seines Antheils. fr. 12. §. 4. fr. 21. pr. §. 1. eod. Nächst diesem kommen die Eltern und der Ehemann, und zwar jene vor diesem, so fern er nicht etwas vom Vermögen der Frau gewonnen hat. fr. 16—23. fr. 28. eod. Man wendet

---

1) A. M. Thibaut §. 630. A. b. Vergl. Noodt prob. L. 4. c. 9. Wächtler opusc. p. 324 — 329.

2) Slevogt de act. funer. Jena 1690. Gratama opuscula acad. no. 6. Glück, Bd. 11. §. 772.

dies auch umgekehrt auf die Frau an; [1]) auch hält man häufig alle andern Personen, welche dem Verstorbenen Alimente geben mußten, zur Beerdigung desselben verbunden. [2])

Ebenso gilt auch hier die Regel, daß nur diejenigen Unkosten ersetzt gefordert werden können, die anständig und dem Vermögen des Verstorbenen angemessen waren, selbst wenn dieser das Gegentheil gebot, und nicht geschahen, um den Verstorbenen zu beschimpfen. fr. 14. §. 5, 6, 10. D. h. t. Const. 5. Cod. de his, quae ut indignis (6, 35). [3]) fr. 12. §. 5. D. h. t. fr. 21. eod.

Eigenheiten der actio funeraria sind:

a) Diese Klage ist mit einem privilegium exigendi verbunden, so daß diese Unkosten beim Konkurse in die vierte Klasse kommen. fr. 45. D. h. t. gegen die gewöhnliche Ansicht, welche sie in die erste Klasse weiset. Dies priv. exig. geht nicht sowohl auf die Klage, als auf die impensas selbst, so daß, wenn diese mit einer andern Klage gefordert werden, dies priv. exig. ebensowohl eintritt. fr 17. pr. D. de rebus auctor. judic. (42, 5.) [4])

b) Auch derjenige kann sich dieser Klage bedienen, der in der irrigen Meinung steht, eigne Geschäfte zu besorgen. fr. 14. §. 11. fr. 32. pr. D. h. t

c) Die actio funeraria findet immer nur in subsidio Statt, wenn man keine andre Klage hat. fr. 14. §. 12, 15. D. eod. Daher gebührt sie auch dem nicht, der dem Besorger des Begräbnisses, Waaren und Materialien dazu lieferte oder operae prästirte, weil er gegen den Besorger noch andre Klagen hat. Nur dann würde dies eine Ausnahme leiden, wenn der Besorger insolvent wäre. [5])

d) Das Objekt dieser Klage sind nur im strengsten Sinne die impensae funeris causa factae, d. h. nur die direkten Bedürfnisse dazu. Dahin rechnen die Römer namentlich, was zur Beschickung des Leichnams, zum Transport desselben und Ankauf des Begräbniß-

---

1) Thibaut, §. 639. Brunnemann ad fr. 44. eod. Carpzov. P. 2. Const. 25. dec. 7.

2) Stryck, L. 11, t. 7. §. 42.

3) Hübner de minuendis funer. sumpt.

4) Schweppe, System des Konk. d. Gläub. 3te Aufl. S. 154.

5) Vergl. Dabelow v. Konkurs. 2. Aufl. S. 191, 597.

plațes nothwendig war. fr. 14. §. 3, 4, 6. fr. 37. pr. D. eod. Dagegen die Kosten eines Monuments und der Trauerkleider gehören nicht hierher. fr. 37. §. 1. D. eod.

e) Wer zu wenig aufgewandt, kann ebenfalls nichts wieder fordern. fr. 14. §. 10. eod.

Diese Klage fand also Statt, sobald Niemand der Oben angeführten dazu Verpflichteten die Beerdigung besorgte und Niemand einen Auftrag dazu erhielt.

Hat aber der Verstorbene Jemand einen Auftrag dazu ertheilt, so hat dieser, wenn er die Beerdigung besorgt, wegen seiner Auslagen die Mandatsklagen gegen die, welche zunächst und an sich dazu verpflichtet sind. fr. 14. §. 1. eod.

§. 164.

15) Bei der Vormundschaft.

Die Ansprüche des Vormunds gegen den Mündel sind sehr übereinstimmend mit denen eines **negotiorum gestor.**

Ihm gebührt vor Allem Befreiung von allen Verbindlichkeiten, die er während des Amtes für den Mündel übernommen hat. §. 2. f. Inst. de obl. quasi ex contr. (3. 28.) fr. 6. D. de contr. tut. et ut. act. (27, 4.)

Ferner gebührt ihm Ersatz alles Aufwands, den er aus eignem Vermögen zum Besten des Mündels gemacht hat. fr. 33. §. 2. D. de adm. tut. (26, 7.) Const. 3. Cod. de admin. tut. (5, 37.) Const. 4. Cod. de in lit. jur. (5, 44.). Nur die vernünftigen und zweckmäßigen Auslagen hat er zu fordern, haftet aber bei diesen nicht für den fehlgeschlagenen Ausgang. fr. 9. §. 6. D. de adm. tut. (26, 7.) fr. 3. pr. §. 7. D. de contr. tut. et ut. act. (27, 4.) Auch kann er Zinsen von seinen Auslagen fordern, wenn kein Mündelgeld zu denselben vorräthig war und er selbst durch Vorschießen des Geldes Zinsen entbehrt hat. fr. 3. §. 1—6. D. (27, 4.) Das Quantum der Zinsen sind landesübliche, es sey denn, daß er selbst hätte höhere bezahlen müssen.

Die Rechtsmittel des Tutor sind doppelt. Einmal kann er sich bei der Rechnungsablage **per modum compensationis** bezahlt machen, oder sich der **actio tutelae contraria** bedienen, und damit den Ersatz seiner Auslagen fordern. fr. 1. §. 4. D. (27, 4.)

Const. 2. Cod. (5, 44.) Const. 3. Cod. de contrario judicio tutetae (5, 58.) — Die contraria tutelae actio gebührt auch dem Kurator, und ist hier der Unterschied, daß der Tutor diese Klage erst finito officio, der Kurator schon durante officio anstellen kann. fr. 1. §. 2, 3. D. (27, 4.); sie ist für ihn eine utilis; übrigens kann er sich auch der actio negot. gest. contr. bedienen. Der Protutor hat die actio protutelae.

Der Vormund kann auch mit dieser Klage solche Auslagen ersetzt verlangen, die er vor Uebernahme oder nach Beendigung der Vormundschaft machte. fr. 3. §. 8. fr. 5. D. de contr. tut. act. (27, 4.)

§. 165.

16) Bei der *communio incidens.*

Jeder kann aus diesem Rechtsverhältnisse die nothwendigen und nützlichen Verwendungen, welche er vernünftig und zweckmäßig gemacht hat, ohne Rücksicht auf deren Erfolg, pro rata von den Andern ersetzt verlangen. fr. 4. §. 3. fr. 14. §. 1. D. comm. div. (10, 3.) Const. 18. §. 1. Cod. de fam. hercisc. (3, 36.). Auch müssen ihm die Auslagen von der Zeit der Verwendung an verzinset werden. Wir haben zwar außer einem Falle kein Gesetz dafür, allein die Analogie spricht wohl unbedingt klar dafür. Der in den Gesetzen bestimmte Fall ist: „Die Kosten der Reparatur eines gemeinschaftlichen Hauses müssen Jedem innerhalb 4 Monaten mit 12 pCt. Zinsen erstattet werden, sonst wird er Alleineigenthümer des Hauses, wenn er nicht doch den Ersatz vorzieht. fr. 52. §. 10. D. pro Socio (17, 2.). Const. 4. Cod. de aedif. privat. (8, 10.)

Wegen dieser Ansprüche wie wegen der andern kann auf Theilung stets gedrungen werden, wenn keine Verabredung, daß binnen bestimmter Zeit nicht getheilt werden soll, entgegen steht. Läßt sich die Auseinandersetzung nicht gleich vollständig bewirken, so können Kautionen gefordert werden. fr. 8. pr. fr. 19. fr. 25. §. 10. D. fam. hercisc. (20, 2.) fr. 15. fr. 6. D. commun. div. (10, 3.). Die hieher gehörigen Klagen sind die actio communi dividundo, die actio finium regundorum, und die actio familiae herciscundae. Sie sind alle judicia duplicia. Die actio finium regundorum scheint nach allen Umständen eine actio arbi-

traria gewesen zu seyn; die beiden andern sind actiones bonae fidei. fr. 4. §. 2. fr. 14. D. comm. divid. (10, 3.) Const. 9. Cod. fam. herc (3, 36.).

Die actio communi dividundo ist außer auf die Theilung auch auf Verpflichtungen der Interessenten, also auch auf Erstattung der Verwendungen gerichtet.

Hat der eine Interessent die Verwendungen im Auftrag des Andern für diesen gemacht, so hat er die actio mandati gegen denselben; machte er sie aber in der Absicht, sie für sich selbst aufzuwenden, so hat er nur die Rechtsmittel, welche den Beklagten bei der rei vindicatio zustehen, d. h. nur eine Einrede, so lange er besitzt. fr. 48. de R. V. (6, 1.) §. 30. Inst. de rer. div. (2, 1.) fr. 7. §. 12. de A. R. D. (41, 1.) [1]); auch muß er alle Verwendungen, welche er an sich wegnehmen darf, bei der Sache lassen, sobald sie ihm der Kläger vergüten will. fr. 37. de R. V. (6, 1.) und muß auf seine Forderung immer erst das abrechnen, was er durch genossene Früchte gewonnen hat. fr. 48. fr. 65. eod. Die Praxis räumt ihm jedoch eine actio negot. gest. utilis ein. [2])

Hat er ohne Auftrag, aber wissentlich für die gemeinschaftliche Sache die Verwendungen gemacht, so hätte er entweder dabei sein eignes Interesse wahrnehmen können, ohne das des Andern mit zu besorgen [3]): dann kann er deßwegen nur die actio neg. gest. anstellen, fr. 40. de neg. gest. (3, 5.) fr. 41 pr. de R. C. (12, 1.), oder er mußte mit seinem Geschäfte das des Andern verbinden, dann findet deßwegen elektiv die actio communi dividundo und neg. gest. Statt.

Hat er aber Verwendungen auf die gemeinschaftliche Sache in der Meinung gemacht, daß sie blos ihm gehöre, dann steht ihm ein bloses Retentionsrecht zu. fr. 14. §. 1. fr. 29. pr. D. comm. div. [4])

---

1) Thibaut §. 710. n. k.

2) Wunderlich, de remed. quae pro servandis, recuperandisve expens. etc. competunt. Struben, versch. Bed. 3. Bd. 76. Bed.

3) Thibaut, §. 716.

4) Vergl. Cujac. l. 2. quaest. Pauli ad Edict. fr. 29. cit. Fabr. conj. L. 3. c. 2. Glück, Thl. 11. S. 152—166.

In so ferne mit dieser Klage der Ersatz von Verwendungen gefordert wird, verjährt sie in 30 Jahren von da an, wo der Verpflichtete in mora ist. Const. 1. §. 1. Cod. de annali exc. (7, 40.) Wenn Einer der Interessenten oder ein Dritter das Alleineigenthum der bisher gemeinschaftlichen Sache durch Ersitzung gewonnen hat, dann kann natürlich auch die act. comm. div. nicht mehr angestellt werden. [1])

§. 166.

Die actio finium regundorum kann vom Eigenthümer, emphyteuta, superficiarus und überhaupt von Jedem, der ein dingliches Recht an einem Grundstücke hat, neben Berichtigung der Gränze wegen Forderungen auf Ersatz des Interesse und der Verwendungen angestellt werden. fr. 4. §. 9. D. fin. regund. (10, 1.) cap. 3. X. de praebend. (3, 5.) fr. 8. §. 1. D. h. t. (10, 1.) fr. 4. §. 1, 2. eod. [2])

Die actio *familiae herciscundae* kann immer nur gegen einen Erben angestellt werden von einem Miterben, sey er es nach Civilrecht oder prätorischem Recht. fr. 2. pr. fr. 24. §. 1. D. famil. hercisc. (10, 2.) fr. 18. fr. 40. eod. Sie geht neben ihrem nächsten Zweck, dem der Theilung, auch auf Ersatz der auf die Erbschaft gemachten Auslagen. Auch Zinsen derselben können gefordert werden. fr. 18. §. 3. D. h t Const. 18. §. 1. Cod. eod. Nur muß der Erbe nach dem Tode des Erblassers mit dem Bewußtseyn des Erbeseyns und in der Absicht, für die Erbschaft aufzuwenden, dieselben gemacht haben. fr. 49. §. ult. fr. 44. §. 3. D. eod. und zugleich nicht blos das eigne Interesse im Auge gehabt haben. fr. 18. §. 6, 7. fr. 31. fr. 25. §. 15. fr. 39. D. h. t. fr. 78. §. 2. D. de contrah. emt. (18, 1.) Const. 3. Cod. de neg. gest. (2, 19.) Wegen der voluptuariae expensae findet blose exceptio doli Statt. [3])

Auch der Prälegatar kann diese Klage anstellen. fr. 4. pr. fr. 25. §. 22. fr. 28. D. eod. Als utilis actio haben sie der fideicommissarius heres. fr. 40. eod., der impubes arrogatus wegen

1) Valett, Pand. §. 668. a. E.

2) Valett, Pand. §. 670, giebt die Bedingungen der Klage.

3) Valett, Pand. §. 1097.

seiner Quarta divi pii. fr. 2. §. 1. eod., und der Käufer einer Erbschaft. Const. 5. Cod. de her. vel act. vend. (4, 39.).

Ein Vertrag der Miterben, niemals theilen zu wollen, und die Vorschrift des Testators, niemals theilen zu sollen, ist ungültig. Vgl. fr. 70. D. pro Socio (17, 2.). fr. 14. §. 2. D. commun. div. (10, 3.) Const. 5. Cod. eod. (3, 37.) fr. 4. pr. D. de cond. inst. (28, 7.).

Die Verjährung dieser Klage ist die 30jährige und fängt bei der Forderung der Auslagenerstattung mit dem Moment der Fälligkeit derselben an. Const. 1. §. 1. Cod. de ann. exc. (7, 40.) Die Ersitzung von 3, 10 und 20 Jahren vermag gegen diese Klage nichts.

Zweites Buch.

Von dem Umfange des Schadensersatzes, oder dem Quantum der Entschädigung.

§. 167.

a) Nach natürlichen Principien.

Jede Beschädigung kann verschiedne Wirkungen zur Folge haben. Es ist Uns entweder blos um die verletzte Sache selbst zu thun, sie mag nun zu Grunde gegangen, oder blos verschlechtert seyn, oder es liegt Uns auch am Ersatze des **circa rem** und **extra rem** zugegangnen Schadens, oder an Vergütung des entgangenen Gewinns. *) Endlich kann auch, abgesehen von allem positiven und negativen Schaden, Verlust und Verletzung einer Sache noch darum vorzüglich schmerzlich und deren Ersatz wünschenswerth seyn, weil gerade diese Sache für Uns einen besondern, einen ideellen Werth hat. Daher entsteht die wichtige Frage, was ersetzt werden muß, ob blos der Werth der Sache, oder auch das **damnum circa rem**, das **damnum extra rem**, der verlorne Gewinn, oder die Affektionen. Haben wir diese genügend beantwortet, so kennen wir auch den Umfang des Schadensersatzes, oder das Quantum der Entschädigung für alle Fälle.

Der Werth, den eine Sache in ihrer vollen Integrität für Uns hat, heißt das Interesse an dieser Sache nach der ächten uneingeschränkten Bedeutung dieses Wortes. Davon verschieden ist der Preis, als eine bestimmte Relation der Hauptsache oder des schuldigen Gegenstandes auf ein festgesetztes Maaß. Trennt man diesen Preis — den relativen Werth der Sache — von dem Werthe überhaupt, so bildet sich der Begriff des Interesses in einem engern Verstande. Wir sehen aber nicht ein, warum man nicht lieber die allgemeine

*) Siehe Oben die Einleitung.

Bedeutung des Interesses in dieser Lehre zum Grunde legen, und darnach bestimmen will, welches Interesse prästirt werden soll, als daß man gleich den engern Begriff zu entwickeln beginnt, wie wenn es außerdem kein Interesse gäbe.

Unnöthig aber wäre es, zu bemerken, daß es nicht verschieden ist, ob man sagt, den Umfang des Schadensersatzes, oder auch den Umfang der Prästation des Interesse bestimmen. Schadensersatz leisten und Interesse prästiren (den verlornen Werth ersetzen) ist ja gleich. Deßwegen könnte man diesen Abschnitt füglich überschreiben: „von dem Umfange des Interesse, oder vom Interesse schlechthin." Weil man aber in neuerer Zeit, dem allgemeinen Begriffe zu Folge, nicht mit Unrecht auch die bestimmte Entschädigungsquote für ein dem Selbstgebrauche entzogenes und dem Gebrauche eines Andern überlassenes Kapital gleichfalls Interesse nennt, und hier in der Lehre vom Schadensersatze nur von widerrechtlichen Beschädigungen die Rede seyn kann, so muß der Begriff des Interesse für unsre Aufgabe dahin modifizirt werden, daß es der Werth Alles, durch widerrechtliche Handlungen Anderer wie immer entstandenen Verlustes sey.

§. 168.

Die Bestimmung des Quantum der Entschädigung beruht auf drei Hauptsätzen:

1) Der Ersatz muß vollkommen und vollständig seyn, und auf Alles gehen, was als nothwendige Folge des schädlichen Faktum des Andern betrachtet werden kann.

2) Jedoch darf nur der Verlust vergütet werden, an welchem die Beschädigung die einzige ausschließende, gewisse, nothwendige und nicht zu vermeidende Ursache war.

3) Das Unersetzliche, d. h. Alles, wofür es kein Aequivalent giebt, ist vom Ersatze ausgeschlossen.

Unbedingt erstrecken sich diese Grundsätze auf alle Entstehungsgründe des Schadensersatzes ohne irgend eine Ausnahme, wofern nicht durch ein Paktum ein Andres bedungen ist, und wir eruiren folgende Regeln daraus, welche den ganzen Umfang des Schadensersatzes darstellen.

I. Schaden an der Hauptsache.

1) Besteht derselbe blos in dem Verluste eines Objekts für sich selbst, so muß das Objekt, wenn es noch vorhanden ist, restituirt, oder, wenn es zu Grunde gegangen ist, dessen voller Preis gegeben werden.

2) Die Verletzung eines Objekts muß aber durch vollständige Herstellung der verletzten Theile in den vorigen Zustand, vergütet werden, in so weit dies möglich ist, damit das Objekt alle vor der Beschädigung geleisteten Vortheile wiederum leiste, weil außerdem gleichfalls der ganze relative Werth ersetzt wird.

3) Der Ersatz des Unterganges oder der Beschädigung in der Hauptsache fällt nur dann weg, wenn der Schaden unersetzlich ist.

II. Der Schaden *circa rem.*

Derselbe muß in allen Fällen, selbst da ersetzt werden, wo der Schade an der Hauptsache unersetzlich ist. Darum sollen z. B. auch Kur- und Versäumnißkosten erstattet werden.

III. Der Schaden *extra rem.*

Dieser wird niemals ersetzt. Es wäre schlechterdings kein vernünftiger Grund dazu denkbar, indem äußere Umstände und nicht die widerrechtlichen Beschädigungen den Schaden für sich herbeiführten.

IV. Das *lucrum cessans circa rem.*

Dieses muß auch vergütet werden, wenn anders dieser Gewinn nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge hätte erhalten werden können, und nicht etwa blos auf trüglicher Einbildung beruht (s. g. Honigtopfs-Rechnungen).

V. *Lucrum cessans extra rem.*

Aus den nämlichen Gründen, wie das damnum extra rem, bleibt auch dieses vom Ersatze ausgeschlossen.

VI. Affektionen.

Diese geben kein Recht auf Ersatz. Es liegt schon in der Natur der Affektionen, daß sie sich nicht mit Geld aufwiegen, oder in irgend einem Preise bestimmen lassen. Die Affektion ruht ja in der Sache und geht mit ihr unter, kann nicht ersetzt werden. Zudem wäre es für eine Gesetzgebung durchaus unmöglich, einen Maaßstab für Affektionen anzunehmen, und die Anwendung des Gesetzes würde jedesmal von der Laune der Partei abhängig gemacht werden. Und

welche Schwierigkeiten bei der Ausmittlung! Die blose Aussage, ja ein **juramentum credulitatis** müßte hinreichen!

§. 169.

So begreift demnach das Entschädigungs-Quantum oder das Interesse, welches prästirt werden muß, außer dem Werth der Hauptsache noch das **damnum circa rem** und das **lucrum cessans circa rem.** Daß man diesem Quantum eine beliebige Grenze setze, und z. B. als das Höchste, welches in gewissen Fällen prästirt werden darf, das Duplum des Werthes der Sache annimmt, kann vernünftig nicht gebilligt werden, da Umstände eintreten können, in denen schon allein das **damnum circa rem** über dies Duplum hinausgehen wird, der Ersatz also immer unvollständig und ohne rechtliche Ursache geschmälert wird; — eine Willkühr, welche das offenbarste Recht schmälert und beschränkt. In den Zeiträumen aber, in welchen das nachher beschädigte Objekt noch unverletzt war, bis dahin, wo die Beschädigung erfolgte, und wieder von da an, bis zur richterlichen Entscheidung über den Schadensersatz kann der Werth der Sache und damit das Interesse, welches prästirt werden muß, auf die mannigfachste Weise wechseln, bald steigen, bald fallen. Es entsteht daher noch die Frage, nach welchem Zeitpunkte denn die Werthung des Schadens sich richte, oder das Quantum des Ersatzes bestimmt werden müsse. Am zweckmäßigsten scheint es zu seyn, wenn man zwischen Verbindlichkeiten zur Entschädigung aus Kontrakten und solchen unterscheidet, die außer diesen entstehen. Im letzten Falle soll die Zeit, in welcher ein Faktum die Verbindlichkeit erzeugte, die Beschädigung also erfolgte, auch der Zeitpunkt zur Werthung des Schadens seyn. Wenn Uns demnach ein Pferd, welches am ersten Januar 200 Gulden werth war, am ersten Februar, wo es 250 Gulden gegolten hätte, deßwegen ersetzt werden muß, weil es Jemand geradezu umgebracht hat, so dürfen wir auch 250 Gulden fordern, obgleich etwa erst im September darauf das Urtheil gefällt ward, in welcher Zeit es wieder vielleicht weniger galt. In Kontraktsverhältnissen hingegen soll der Tag oder die hinzugesetzte Bedingung nach der Zeit ihrer Erfüllung, oder, wo weder ein Tag bestimmt, noch eine Bedingung gesetzt ist, die Zeit der Forderung entscheiden.

§. 170.

b) Nach römischen Gesetzen.

Mit Unrecht wird A. Alciat's Behauptung [1]: „daß das Wort Interesse von den Römern nicht substantive gebraucht ward," von A. Firmens [2]) u. A. getadelt. Immer bedienen sich die Römer für den Sinn des bei Uns eingebürgerten Wortes Interesse, des Ausdrucks »id, quod interest,« und vollkommen wahr sagt Leyser [3]) »interesse est vox barbarea, et priscis jurium Romanorum compilatoribus incognita. Unter den mehrfachen Bedeutungen des Wortes Interesse [4]), berühren Uns nur folgende.

Zuweilen drückt es gerade so viel aus, als unser deutsches Wohl — öffentliches, Staats-, Privat-Wohl. fr. 1. D. sol. matr. (24, 3.) Const. 14. Cod. de poen. (9, 47.) fr. 65. §. 2. D. de S. C. Trebell. (36, 1.) fr. 18. D. rem rat. hab. (46, 8.). Daran reiht sich die Vorstellung von dem Inbegriff gewisser Vortheile überhaupt, die man erhalten kann. Besonders findet sich diese Bezeichnung sehr natürlich bei Geschäften. So hat der Erbe, so der Legatar, so der Käufer ein gewisses bestimmtes Interesse, und so wird das Interesse des Mandans ein ganz verschiedenes von dem eines Usufruktuar oder Lokator seyn. fr. 16. §. 1. de usu et hab. (7, 8.) fr. 15. pr. de fideijuss. (46, 1.) fr. 49. §. 6. de Legat. I. — Wollte man, von diesen Begriffen ausgehend, eine Theorie des Interesse aufstellen, so umfaßte sie alle Verschiedenheiten der Obligationsverhältnisse, und müßte besonders sich nach den Eigenheiten eines jeden einzelnen, und der darin liegenden Pflichten und Verbindlichkeiten entwickeln. [5]) Man sieht ohne unsre Erinne-

---

1) in tract. de eo quod interest.

2) in tract. de eo quod interest.

3) sp. 250. n. 1. Vergleiche Caballino de eo quod interest. Col. Agr. MDLXXVI. Vergl. Malblank observ. de eo quod interest. Tub. 1801.

4) Brissonius et Praetejus. h. voc.

5) Ein Versuch der Art: clariss. vir. casp. Manzii et Fr. Martini opus absol. de eo quod interest continens omnes materias contr. delict. etc. Ingolst. 1706. 4. Ganz richtig heißt es dort im Geiste des einmal gewählten Standpunktes, cap. 4. pag. 35: „non idem ex singulis negotiis oritur debeturque interesse, sed pro contractuum et quasi et delictorum et quasi diversitate aliud. Itaque quid, quale et quantum ex singulis nascatur ne-

rung, daß die Lehre des Interesse in diesem weitem Umfange außer unsrer Aufgabe liegen muß, und daß jenes Wort darum in einem eignen Sinne zu nehmen sey. Eine solche engere Bedeutung hat das Wort auch wirklich, und zwar so, daß es gerade in derselben bei Weitem am öftesten genommen wird. Dann bezeichnet es nämlich den Inbegriff aller durch eine widerrechtliche Beschädigung entgangener Vortheile. Doch wird in dieser Hinsicht sehr oft der Werth der Hauptsache dahin getrennt, daß Interesse nur die außer jenem Werth verlornen Vortheile umfaßt. Sehr selten wird das Wort außerdem auf den positiven Schaden allein beschränkt. Man vergl. fr. 1. §. 40. de vi (43, 16.). fr. 23. loc. (19, 2.) fr. 21. fr. 33 ad L. A. (9, 2) fr. 22. eod. fr. 12. de act. (19, 1.) fr. 9. §. 8. ad exhib. (10, 4.) Const. 12. Cod. de act. E. V. (4, 49.) fr. 10. §. 3. D. de edend. (2, 13.) fr. 71. §. 1. de furt. (47, 2.) fr. 21. de act. E. V. (19, 1.) fr. 26. de damn. inf. (39, 2.) [1])

In den Fällen, in denen der Werth der Sache vom Interesse gesondert wird, bezeichnet man sehr oft auch den erstern mit aestimatio und quanti ea res est, das letztere hingegen mit quanti ejus personae interest fr. 1. §. 4. si quis jus dic. (2, 3.) fr. 4. §. 11. vi bonor. rapt. (47, 8.) Preis und Schätzung sind daher genau vom Interesse gesondert. fr. 11. §. 18. de act. E. V. (19, 1.) [2])

Statt Interesse überhaupt wird auch manchmal utilitas oder omnis causa gesetzt. [3]) fr. pen. ff. si quis caut. (2, 11.) fr. 4. §. 1. finium regundor. (10, 1.) fr. 2. de eo quod certo loco. (13, 4.) fr. 80. §. 1. de furt. (47, 2.). [4])

---

gotiis, et peti possit, explicandum est. — Vergl. Hottomann (Franz.) observ. lib. II. cap. X. de eo quod interest. Fritz, Erläuterungen zu v. Wening Ingenheim Civilrecht, II. Bd. 1. Hft. S. 77 ff.

1) Glück, Pand. 2. Bd. 14. T. §. 232. Thl. 4 S. 432 ff. Wehrn, l. c. §. 50.

2) Gabr. Catian. de eo quod interest, cap. 3, in Meerm. th. T. VII. Matheus Magn. eod. cap. 3, 4. in Meerm. th. t. III.

3) Brissonius voc. utilitas.

4) Rebuff de eo quod inter. pag. 61. gloss. pr. no. 22. — Vergl. Hugo Donellus comment. l. 26. cap. 14.

Man hat eine ungewöhnliche Menge Eintheilungen gemacht, die meist entweder unnütz oder nicht in den Gesetzen begründet sind, und die wir daher füglich umgehen können. [1]) Am gangbarsten war die Eintheilung in interesse commune, conventum und singulare. Will man den Unterschied zwischen interesse commune und singulare so nehmen, daß auch ein interesse affectionis in den Gesetzen vorkomme, so kann diese Eintheilung Statt haben [2]); mit Recht aber wird man sie verwerfen, sobald man darauf ein besondres Gewicht legen und Folgen ableiten möchte. [3])

Das sogenannte interesse conventum aber ist vom wahren Interesse ganz verschieden, und kann nicht einmal Interesse genannt werden, wie dies aus der Natur der Konventionalstrafe und den deutlichsten Gesetzen hervorgeht. Denn das Interesse ist an sich ein unbestimmtes und geht erst aus dem positiven und negativen Schaden hervor, während die Konventionalstrafe festgesetzt ist und aus der Konvention entspringt. §. 7. Inst. de V. O. (3, 16.) fr. 38. §. 17. fr. 68. D. de V, O. (45, 1.) [4])

Wichtig aber ist die Eintheilung in id quod interest circa rem und extra rem. Sie hängt vollkommen mit dem zusammen, was damnum extra rem und circa rem ist und bedarf daher keiner wiederholten Erläuterung. (Siehe Oben.)

Die ganze Lehre erklärt sich daher in der Frage, die wir zu beantworten haben: „Was liegt in dem Interesse, oder jenem Inbegriffe aller verlornen Vortheile nach römischen Gesetzen, was muß darnach prästirt werden?

§. 171.

I. Hinsichtlich des Schadens an der Hauptsache.

Zum vollen Ersatz gehört vor Allem der Ersatz der Hauptsache,

---

1) Der Baum des Interesses in seinen Verzweigungen, bei Rebuff, de eo quod interest, p. 206. u. Manzius u. Martin l. c. cap. 2. p. 12. ff.

2) Thibaut, Pand. §. 186. Wehrn a. a. O. §. 55. §. 65.

3) Donellus de eo quod interest in Comment. lib. 26. cap. 15; idem ad legem Justiniani de sentent. quae pro eo, quod interest proferuntur. Francofurti ap. Nic. Bassalum. Coccejus, de eo quod int. in exerc. cur. t. 1. diss. 31. §. 5, 6. Gabriel, de Gast. in Meerm. thes. t. VI. p. 763. Gabr. Vallius ad L. Cod. de Sent. etc. in Ott. th. t. 1. p. 421. Contii (A) scholae ad Cod. VII, 47 in Opp. p. 477 — 498.

4) Donellus l. c. cap. 15. Gluck, l. c. p. 438.

wo dieselbe vernichtet oder beschädigt worden. Besteht die Verletzung in bloser Entziehung des Besitzes, so kann auch die Zurückgabe hier genügen. fr. 8. pr. de cond. furt. (13, 1.), wenn nicht, wo ein Delikt zum Grunde liegt, der Beschädigte auf Mehreres klagen will (fr. 7. § 1. eod. (13, 1.) fr. 50 pr. de furt. (47, 2.) §. 5. Inst. de obl. quae quasi ex del. (4, 5)), indem hier des Ersatzes Quantum sehr mannigfach von den Gesetzen bestimmt ist.

1) Beim Diebstahl muß der Werth der gestohlenen Sache, je nachdem der Verbrecher über der Entwendung ertappt worden ist, oder nicht, vierfach oder doppelt entrichtet werden. fr. 50. D. de furt. (47, 2.) §. 5. Inst. de obl. quae ex del. (4, 1.). Doch kann auch blos die Zurückgabe der Sache, oder der einfache Ersatz ihres Werthes gefordert werden. fr. 1. proem. §. 1. fr. 16. de cond. furt. (13, 1.) fr. 20. eod. Ist unter Ehegatten Etwas entwendet worden, so geht der Ersatz gleichfalls nur auf Restitution oder einfachen Werth. fr. 3. §. 3. fr. 23. fr. 17. §. 2. de act. rer. amot. (25, 2.) Gestohlene Baumaterialien werden doppelt vergütet. fr. 1. proem. de tign. junct. (47, 3.) fr. 7. §. 10. de acquir. rer. dom. (41, 1.).

2) Beim Raube muß nebst Zurückgabe des geraubten Objekts noch der dreifache Werth desselben erstattet werden. fr. 2. §. 13. D. in bon. rapt. (47, 8.) Proem. Inst. eod. tit. (4, 2) §. 19. Inst. de action. (4, 6.)

3) Bei dem damnum in incendio, ruina, nave expugnata dato wird innerhalb eines Jahres das Vierfache, nachher aber der einfache Werth der Sache vergütet. fr. 1. proem. de incend. ruin. etc. (47, 9.) Const. 18. Cod. de furt. (6, 2.)

4) Beim damnum coactis hominibus gilt dasselbe. fr. 2. §. 13. de vi bon. rapt. (47, 8.)

5) Beim damnum in turba datum wird dagegen innerhalb einem Jahre der doppelte, nachher aber der einfache Werth prästirt. fr. 4. §. 8. u. 11 de vi bon. rapt. (47, 8.).

6) In allen Fällen, in welchen die act. L. Aq. angestellt werden kann, wird nur der einfache Werth ersetzt.

7) Bei der noxa wie der pauperies übersteigt der Ersatz nur dann den Werth des Sklaven oder des Thieres, wenn der Herr beider selbige nicht überlassen will. Proem. u. §. 3. Inst. de nox.

action (4, 8.) fr. 1. D. eod. (9, 4.) fr. 1. §. 14. si quad. pauper. f. dic. (9, 1.)

8) Bei Schäden, die durch Drohung (metus causa) entstanden, mußte innerhalb eines Jahres die Sache vollkommen restituirt werden, nachher aber, wenn der Beklagte dies nicht gethan hatte, durfte der Verletzte den vierfachen Werth verlangen. fr. 12. pr. fr. 14. §. 3. c. 7. quod met c. (4, 2.).

9) Bei dem damnum ex dej. vel effus. wird der Werth einer Sache doppelt ersetzt, ist aber ein freier Mensch getödtet, so kann Jeder aus dem Volke 50 aureos verlangen. §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex del. (4, 5.) fr. 1. proem. §. 7. de his qui eff. (9, 3.) fr. 5 §. 5. eod.

10) Bei dem damnum in navi, caupona, stabula datum wird der Werth doppelt ersetzt. fr. 7. §. 1. h. t. (4, 9.).

11) Der Ersatz ex lege Rhodia besteht darin, daß Jeder nach dem Werthe seiner geretteten Sache einen verhältnißmäßigen Beitrag zur Entschädigung für die verlorne macht.

12) Der dolose Verläugner eines depositum miserabile kann auf doppelten Ersatz belangt werden. §. 17. Inst. de act. (4, 6.) fr. 1. §. 1—4. fr. 18 D. depos. (16, 3.) *) u. s. w.

Der Ersatz der Impensen geht nur auf die einfache Bezahlung (im weitesten Umfange des Worts), der Auslage oder Verbesserung. (Siehe Lehre der Impensen.) Natürlich kann dabei auch nur vom Ersatze dieser Auslagen die Rede seyn, und ein Interesse extra und circa rem oder ein lucrum nicht vorkommen.

§. 172.

II. Hinsichtlich des Schadens *circa rem.*

Theils, wo man von dem Ersatze der Hauptsache nicht sprechen kann, theils neben dem Ersatz des Werthes derselben besteht der Ersatz in dem, quod interest circa rem, und muß daher Alles ersetzt werden, was nach dem allgemeinen und gewöhnlichen Gange der Natur aus dem beschädigenden Faktum unmittelbar Schädliches her-

*) Vergl. Voet l. 16. t. 3. §. 11. J. H. Böhmer de act. sect. 2. c. 8. §. 23. A. M. Faber, Ration. ad l. 18. D. depos. Schulting Thes. controv. dec. 58. §. 7. Voorda in not. ad J. a Costa prael. ad illustr. quosd. tit. p. 213, 214.

vorgeht, dessen gewisse, nothwendige, unabwendbare Folge ist. Dies liegt klar in den Gesetzen. fr. **21.** §. **3.** de act. E. V. (**19**, **1.**) fr. **19.** de per. et commod. r. v. (**18**, **6.**) fr. **22.** u. **23.** ad L. Aq. (**9**, **2.**)

III. Hinsichtlich des Schadens *extra rem.*

Nicht ersetzt wird dieser Schaden, also Alles, was nicht die gerade nothwendige und einzige Folge der widerrechtlichen Beschädigung ist. Es entging dem römischen Geiste nicht, wie unmöglich es wäre, hier einen Ersatz anzunehmen, wo nachherige Zufälle den weitern Schaden verursachen. [1]) fr. **19.** de per. et comm. r. v. (**18**, **6.**) fr. **21.** §. **3.** de act. E. V. (**19**, **1.**) Vergl. mit fr. **2.** §. **8.** de eo quod certo loco (**13**, **4.**). Vergl. fr. **60.** de R. V. (**6**, **1.**). fr. **5.** §. **2.** fr. **7.** §. **2.** fr. **30.** §. **3.** ad L. A. (**9**, **2.**). Demungeachtet ist seit frühester Zeit Streit darüber und behaupten Einige, daß das damnum extra rem zuweilen, oder gar immer zu ersetzen sey. Unter denen, welche es nicht prästiren lassen, steht besonders Donellus an der Spitze. [2]) Dann Gabriel de Gast und Gabriel Vallius l. c. In neuerer Zeit wollte man zwischen culpa lata und dolus, und culpa levis unterscheiden. [3]) Wo dolus und culpa lata die Beschädigung veranlaßt hätten, sollte auch das damnum extra rem, außerdem aber nur das damnum circa rem prästirt werden. Die Ungründlichkeit dieser Annahme liegt am Tage, da die Gesetze durchaus ohne Distinktion reden, und schlechterdings keinen Grad berücksichtigen. [4]) Als ganz willkührlich sehen wir aber gleichfalls die Theorie an, welche Schömann [5]) aufstellt. Er unterscheidet, ob man Jemanden sein Eigenthum vorenthielt und dadurch Schaden stiftete, oder ob nur eine versprochene Sache nicht geleistet, oder beschädigt wurde, wovon der Beschädigte erst Eigenthümer werden sollte. Im letzten Falle brauchte man nur

---

1) Thibaut, Versuche, 2. Bd. S. 209 — 214. Dagegen Diedemann obs. jur. civ. de damno et pauper, cap. 1. Dagegen Hepp, über Zurechnung, S. 18 — 26.

2) Comment. l. c. cap. 23. Dagegen Gabriel Catiani l. c. o. p.

3) Wehrn, doctrina explicatrix, p. 362.

4) Thibaut, Pand. §. 188.

5) Dagegen Glück, 10. Bd. §. 195 — 700.

den Werth der Sache zu geben, im ersteren Falle aber müßte auch das damnum extra rem ersetzt werden.

Dieser Meinung steht aber offenbar entgegen:

a) Die allgemeine Ansicht der Römer. Wir gestehen, daß Uns wenigstens keine Stelle bekannt ist, die einen solchen Unterschied zwischen Eigenthümer und Nichteigenthümer machte, und überall wird ganz ohne Ausnahme von Allen gesprochen, die da nur beschädigt sind. Dazu sehen wir nicht ein, warum dem wirklichen Eigenthümer dieser Vorzug gegeben werden soll. Genug, daß man weiß, man steht in gewissen Verbindlichkeiten gegen einen Andern, und es ändert Nichts in Hinsicht widerrechtlicher Beschädigungen, ob derselbe schon wirklicher Eigenthümer sey oder nicht. Der Schadensersatz erstreckt sich nicht blos auf Eigenthum, und darum muß auch das Quantum desselben überall gleich erscheinen.

b) In fr. 8. D. de evictionibus et duplae stip. (21, 2.) heißt es: obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt, praestare debet emptori ut habeat. Wie stimmt damit jene Unterscheidung überein, da doch der Venditor vor der traditio Eigenthümer ist? adde fr. 11. §. 2. de act. E. V. (19, 1.).

c) In fr. 1. §. 23, 24. u. 25. depos (16, 3.) wird der Depositar wohl für allen Schaden verantwortlich gemacht; aber man sehe auch, welche Ursache der Jurist beisetzt: hanc actionem, sagt er, bonae fidei esse dubitari non oportet, et *ideo*, fährt er fort, et fructus in hanc actionem venire et omnem causam etc. Ueberhaupt scheint es, daß Alle diejenigen, welche sich für gezwungen hielten, ein damnum extra rem zum Ersatze zu lassen, wenigstens darin fehlten, daß sie die Stellen, worin es heißt: »lucri habendam rationem« hieher auf das damnum extra rem bezogen. *)

§. 173.

Es wird nach den wichtigsten Gesetzen durchaus Nichts präſtirt, als:

1) Der Verlust solcher Vortheile, woran die gegenwärtige nachtheilige Handlung einzig ausschließliche Ursache war. Darum

*) Gabriel Catiani l. c. c. 9.



wird auch angeschlagen, um was z. B. ein Gespann von gleichen Maulthieren an Werth verlor, wenn Eines davon getödtet wurde. fr. 22. ad L. Aq. (9, 2.), so wie auch die Erbschaft in Anrechnung kömmt, in welche der vor deren Antritt getödtete Sklave eingesetzt wird. fr. 23. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 11. ad exhib. (10, 4.)

2) Alles, was als nothwendige Folge der widerrechtlichen Beschädigung angesehen werden muß, wird gleichfalls ersetzt, wie z. B. Kur- und Versäumnißkosten. fr. 24, 27. §. 17. ad L. A. (9, 2.) fr. 7. proem. eod. fr. 3. si quadr. paup. (9, 1.) fr. 7. de his qui effud. (9, 3.) §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex del. (4, 5.). Daraus erklärt sich α) warum das Gesetz nicht darauf sieht, was Jemand möglicher Weise hätte gewinnen können. fr. 22. §. 3. de act. E. V. (19, 1.) fr. ult. de per. et comm. r. v. (18, 6.), wie auch β) daß man nicht für solche Folgen stehen müsse, woran die widerrechtliche That zwar mit, aber nicht allein Ursache war, und die sich hätten abwenden lassen. fr. 21. §. 3. de act. E. V. (19. 1.).

Ist endlich zur Abwendung schädlicher Nachtheile gleich Anfangs eine Nebenbestimmung dem Kontrakte beigefügt, deren Nichteinhaltung eine der schädlichen Folgen wirklich herbeigeführt, so kann der beschädigte Kontrahent gewiß auch diese Nachtheile sich prästiren lassen. Dies ist der Fall in fr. 2. §. 8. D. de eo quod cert. loc. (13, 4.), welche Erklärung sich noch mehr bestättiget, wenn wir den Titel sehen, unter welchem das Gesetz aufgeführt ist, wo noch dazu eine actio arbitraria gegeben ist. Hieher ist auch der in fr. 3. de in lit jur. (12, 3.) angegebne Fall zu zählen, wo man nothwendig auch ein tempus adjectum annehmen muß. Gleichen Anspruch hat auch die adjectio temporis vel personae nach fr. 18. §. ult. de V. O. (45, 1.) und fr. 4. de eo quod cert. l. (13, 4.) Zu bemerken ist noch: a) Der Einwurf, daß auch hier das Abwenden jener Folgen anders woher möglich gewesen wäre, ist ohne Gewicht, da der Kontrahent sich speciell diese Nebenbedingungen machte, folglich darauf rechnete und nicht nöthig hatte, es zu thun. Das in fr. 2. §. 8. cit. vorkommende et quidem ultra legitimum modum usurarum, bezieht sich ohnehin darauf, daß hier bekanntlich 12 pCt., also mehr Zinsen, als gewöhnlich, genommen wurden.

Const. 26. §. 1. Cod. de usur. (4, 32.) Const. 1. Cod. de naut. foen. (4, 33).

b) Die Gesetze scheinen dies Beifügen einer Nebenbestimmung oder überhaupt die Präftation dieses damnum nur in actionibus bonae fidei zu erlauben. fr. 1. §. 23 u. 24. depos. (16, 3.).*)

c) Man darf sich gegen unsre Meinung nicht auf den allgemeinen Ausdruck, quantum mihi abest, quantum lucrari potui berufen, denn dies lucrari bedeutet ja Vortheile, die wir gehabt hätten, und das quantum abest Alles, soweit die Gesetze meinen Schaden juristisch würdigen.

d) Alle gewöhnlichen Fälle, die man zum damnum extra rem zählt, gehören in die Klasse der vorgenannten. So z. B. nach fr. 13. §. 2. de act. E. V. (19, 1.), wenn Jemand einen diebischen Sklaven wissentlich verkaufte, wo er dann auch den Schaden tragen muß, wo fern dieser Mehrere zur Flucht beredet hat, oder stahl. Liegt denn aber die einzige Ursache dieses Schadens nicht in der Handlung des Verkäufers? Dasselbe ist nach fr. 3 proem. de eo per quem fact. erat. (2, 10.) der Fall, wo man Jemanden dolose nicht ins Gericht gehen ließ, so daß derselbe deßwegen sein Eigenthum, oder den Proceß verlor. Adde fr. 6. de vi et vi armata (43, 16.) Dieser Ansicht widerspricht auch fr. 8. de evict. et duplae stip. (21, 2.) gar nicht; denn jene Worte: »ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt etc.« beziehen sich ja auf das vorige quare partus ancillae sive hereditas, quam servus adicrit etc.; und es wird demnach unter ea quoque-partus und hereditas verstanden, was ja offenbar zum damnum circa rem gehört. Adde fr. 11. proem ad exhib. (10, 4.), mit welcher Stelle jenes fr. vollkommen harmonirt. Endlich ist durch fr. 21. §. 3. de act. E. V. (19, 1.) aller Zweifel gehoben, und die Grenze deutlich angegeben, wenn es heißt: omnis utilitas emtoris in aestimationem venit, quae modo circa rem ipsam consistit.

§. 174.

IV. *Lucrum cessans circa rem.*

Nicht nur das, was wir durch die widerrechtliche Handlung wirklich verlieren, sondern auch das, was wir ohne dieselbe hätten

*) Coccejus l. c. §. 14.

gewinnen können, und welchen Gewinn außerdem nur ganz ungewöhnliche, nicht in Anschlag zu bringende Ereignisse hätten verhindern können, darf in Anschlag gebracht werden. Darauf paßt der Begriff — quantum mihi abest, quantumque lucrari potui. fr. 13. rem rat. hab. (46, 8.) [1]: denn die Gesetze sagen ausdrücklich, daß der Urheber einer imputablen That allen dadurch verursachten Haupt- und Neben-Schaden, also auch den dem Andern dadurch entgangenen Gewinn ersetzen müsse. §. 10. Inst. de L. Aq. (4, 3) fr. 3. si quadr. (9, 1.) fr. 7. fr. 23. pr. §. 2. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 35. pr. de legat. III. fr. 78. de R. J.

Das fr. ult. de per. et commod. r. v. (18, 6.) und fr. 21. §. 3. de A. E. V. widersprechen sich blos scheinbar; denn das erste Gesetz bezieht sich auf einen Gewinn, den der Verletzte denkbarer Weise hätte machen können [2], ohne daß von seiner Seite erwiesen ist, er würde gewiß den Gewinn gemacht haben, denn kann er dies letzte, so ist nach fr. 2. §. 8. de eo quod certo loc. (13, 4.) das volle Interesse zu bezahlen, auch wenn blos von Geldschulden die Rede ist. Das fr. ult. cit. verwirft also blos die s. g. Honigtopfs-Rechnungen. Das fr. 21. §. 3. cit. ist aber von einem leicht abwendbaren Schaden zu verstehen, wegen dessen überhaupt Niemand Anspruch auf Vergütung hat. fr. 31. ad L. Aq. (9, 2.)

Zu diesem Gewinne gehören:

a) Früchte, die ich nach dem Laufe der Natur hätte beziehen können, und die mir durch das widerrechtliche Faktum nun entrissen sind.

b) Andre Vortheile, von deren Erlangung mich die Beschädigung abhielt, wenn ich sie ebenfalls nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge sicher erhalten hätte. Den Ersatz dieses Gewinnes ordnen deutlich an: fr. 2. §. ult. de eo quod cert. loco. (13, 4.) fr. 33. in fine locat. (19, 2). fr. 13. proem. fr. 18. rat. rem hab. (46. 8.) fr. 21. §. 3, 4. rer. amot. (25, 2.) Const. 1. Cod. de sent. quae pro eo (7, 47.).

---

1) Vinnius sel. quaest. II. 9. 37. Math. Magn. cap. 2. Donellus l. c. cap. 14 u. 22. Mühlenbruch, Pand. Recht. Bd. 2, §. 364. Thibaut, §. 188. Fritz, Erläuterungen zu v. Wenings Civilrecht II. Bd. 1 Hft. S. 77.

2) Donellus, comment. l. 26. c. 23. Mühlenbruch, §. 364. Thibaut, §. 188. Gesterding, Nachforsch. Thl. 1. I. zur Lehre vom Schadenersatz.

c) Der Gewinn, welcher zu hoffen war, muß indeß nicht blos auf trügliche Hoffnung gebaut gewesen seyn. fr. **29.** **§. 3. ad L. Aq.** S. g. Honigtopfs-Rechnungen.

§. 175.

Drei Stellen scheinen indeß anders über den Ersatz des Gewinnes zu urtheilen.

fr. 26. de damno inf. (39, 2.). Hat Jemand bisher Vortheil dadurch genossen, daß der Nachbar nicht höher baute, obgleich er ein Recht dazu hatte, und dieser sich nun seiner Freiheit bedient, und jener dadurch Vortheile verliert, so sagt der Jurist: **tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet, quia non debeat videri is damnum facere, qui eo, veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur: multumque interesse, utrum damnum quis faciat, ac lucro, quo adhuc fruebat uti prohibeatur.** Allein man sieht sogleich, daß man daraus keine allgemeine Regel abstrahiren dürfe: Jener, welcher einen Andern am Gewinn hinderte, schiene keinen Schaden zu stiften. Es ist hier von einem **quasi lucrum** die Rede. **Veluti lucro** sagt der Jurist. Dann wird ja nicht widerrechtlich beschädiget, da der Nachbar mit Recht handelte, und der andere die Vortheile nur bisher, (**quo adhuc utebatur**) und nur **beneficio vicini** genoß.

Schwieriger ist **fr. 71. §. 1 de furtis (47. 2.)**, wenn **Javolenus** so bestimmt sagt: **interesse autem ejus videtur, qui damnum passurus est, non ejus, qui lucrum facturus esset** Allein man berücksichtige nur, in welcher Beziehung dies ausgesprochen wird. Der Fall ist der: Ich besitze eine fremde Sache, die sich unter der Erbschaft vorfand, **pro herede**, und hätte nun usukapiren können. Sie wird mir jetzt entwendet, und der Jurist spricht mir die **actio furti** ab. Natürlich; denn es fragt sich ja erst, wer den positiven Schaden hat. Dies ist der Eigenthümer, weßwegen ihm auch die **actio furti** zusteht. Ich wollte nur, und zwar zum wirklichen Schaden des Andern, einen Gewinn machen. Darum sagt **Javolenus**, daß in diesem Falle jener daran wahres Interesse habe, daß die Sache nicht entwendet werde (**interesse autem ejus videtur, rem non subripi, qui etc.**), welcher Schaden leide, (der Ei-

genthümer) nicht der, welcher gewinnen wolle, der **pro herede** Besitzende.

In **fr. 1. §. 21. de aqua et aquae pluv. arcend. (39, 3.)** [1]), wie auch noch im **fr. 6. de damn. inf. (39, 2.)** ist endlich gleichfalls davon die Rede, daß Jemand, wo der Andre gar kein Recht hat, einen Vortheil zu fordern, diesen nach seinem Rechte demselben entzog. Man kann ja nicht verlangen, daß ein Andrer Uns nütze, wenn wir keinen rechtlichen Anspruch darauf haben. **Adde fr. 2. §. 5. eod. fr. 21. fr. 26. de damno inf (39, 2.) fr. 9. de serv. praed. urb. (8, 2.)**

§. 176.

V. *Lucrum cessans extra rem.*

Dies bleibt nach den Oben beim **damnum extra rem** entwickelten Grundsätzen vom Ersatze ausgeschlossen.

VI. Hinsichtlich der Affektionen.

Weise hat auch das römische Recht das **interesse affectionis**, als einen Grund des Ersatzes, welcher, zu Geld angeschlagen, irgend eine Entschädigung gewähren soll, verworfen, und nur den gemeinen Marktpreis der Dinge als Gegenstand richterlicher Beurtheilung angesehen. Dies liegt unverkennbar in den Gesetzen. **fr. 63. ad L. Falcid. (35, 2.) fr. 33. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 6. §. 2. de oper. serv. (7, 4.)** [2]). Scheinbar stehen dieser Meinung entgegen **fr. 35. de minor. (4, 4.) fr. 54. procem. mandat. (17, 1) fr. 6. pr. fr. 7. de serv. export. (16, 7.)** und **fr. 36. de bon. libert. (37, 14.)**. Man unterscheidet aber, daß es etwas ganz Andres sey, das **interesse affectionis** zu Geld anschlagen, und als Grund eines Ersatzes gelten zu lassen, und etwas Andres, dasselbe gleichsam als einen bescheinigten Grund einer Klage anzunehmen, nicht damit es zu Geld angeschlagen werde, sondern damit es **honesta ac justa causa agendi** sey. So ist also in jenen Fragmenten von keinem **pretio affectionis** die Rede, sondern von einem gesetzlich als erlaubt gewürdigten Grunde einer Klage. In **fr. 35.**

1) Anders erklärt **Math. Magn. l. c. cap. 2.**

2) **Donellus l. c. cap. 18. Math. Magnus l. c. c. 6. Corrasius misc. cap. 6. misc. 1. Brisson. sub. voc. Fungi. Coccej. exerc. cur. t. II. disp. 26. de pret. affect. et. amoen.**

de minor. heißt es darum auch nur, daß der Minderjährige bei dem Gesuche um Restitution gehört wird, wenn er angiebt, quod majorum ejus fuisset. Allein damit ist ja nicht mehr ausgesprochen, als eben daß er gehört werde, und man kann ihn noch immer später abweisen. Eben so sagt fr. 54. mandat. nur so viel, daß der, welcher bei Anstellung einer Klage besonders interessirt ist, dieselbe anstellen kann. Auch scheint das Wort affectus hier im weitesten Sinne genommen zu seyn, und von einem Preise oder Anschlag zu Geld steht nirgend Etwas. In fr. 6. und fr. 7. de serv. export. ist überall ein Paktum darüber vorhanden, entweder, ne serva vel servus manumitteretur, neve prostituatur, oder ne poenae causa exportaretur. Daher hat allerdings eine Klage ex ratione affectus Statt, wenn das Gegentheil doch geschieht, aber nicht auf Geld, sondern darauf, daß der Vertrag erfüllt werde. In fr. 36. de bon. libert. fordert ein Patron die bon. possess. contra tab., obgleich er weiß, daß die Erbschaft nicht solvendo sey, blos weil sich Güter dort finden, die er in Affektion hat, und da wird ihm bei dem ohnehin auf Billigkeit gegründeten prätorischen Institut die Klage gestattet. Wollte man sich aber außerdem noch auf fr. 13. §. 1. und fr. 14. de V. S. berufen, und dabei wegen des Kunstwerthes eine Ausnahme machen oder auf die erlaubte Forderung des pretii affectionis schließen, so haben wir nur zu bedenken, daß einmal gar nicht davon geredet wird, daß man sein singuläres Interesse anschlagen dürfe, und daß zum Andern man dabei wirklich einen Verlust erleidet, wenn die Sache nicht mehr ganz ist, wie es in beiden Stellen der Fall ist. Eben so wenig hilft die Berufung auf fr. 68. de R. vind. (6, 1.) und fr. 24. de R. J. und fr. 54. de legat. II. *) Denn einmal kann der Schaden doch sehr in's Weite gehen, wenn man den gemeinen Marktpreis berücksichtiget, ohne verletzte Gefühle in Anschlag zu bringen, und zum Andern sagen die Gesetze nur, daß ein Berechtigter wegen vernünftiger Affektionen ein ihm angehörendes Objekt schätzen, keineswegs aber, daß er für das vernichtete Objekt so viel fordern könne, als seine alte Liebe werth war, und ein Schaden kann ja einer Person individuell seyn, ohne daß sie deßhalb ihre blosen Gefühle zur Taxation bringen darf.

*) Mühlenbruch, §. 365. Vergl. Glück, Pand. 12. Bd. S. 422—436.

§. 177.

Mit all diesen Bestimmungen des früheren Rechts war Justinian noch nicht zufrieden, und einige Mängel, die vielleicht in der Vollziehung der Gesetze bemerkt wurden, und nicht so fast im Geiste dieser, als in der fehlgeschlagenen Anwendung lagen, mögen ihn bewogen haben, auch in dieser Lehre seine Gesetzgebungskunst zu erproben. Jedoch bleibt der Sinn des neuen Gesetzes in Const. 1. Cod. de Sent. quae pro eo, quod inter. prof. (7, 47.) immerhin dunkel, und gab Veranlassung zur Entstehung einer großen Menge von Kommentaren darüber. *) Gewiß aber ist es:

1) daß sich die Const. nur auf jene Fälle bezieht, in denen überhaupt ein Interesse prästirt werden muß, und daß selbiges nicht nach Belieben gefordert werden kann, ist klar. Nur da, will Justinian sagen, wo über ein wirklich erwiesenes Interesse der Quantität nach Streit ist, soll dies Gesetz entscheiden.

2) Deutlich scheint damit alles damnum extra rem ausgeschlossen zu seyn, wenn man bedenkt, daß a) das duplum wohl nie viel mehr als das damnum circa rem, und in den meisten Fällen nicht einmal dies enthalten wird, und daß doch immer erst vom damnum circa rem die Rede sey, ehe vom damnum extra rem gesprochen werden sollte; b) daß es im Gesetze deutlich heißt: quod re vera inducitur, ne dum in infinitum computatio reducitur etc.

3) Casus certi sind diejenigen, qui certam habent quantitatem, wo also das simplum selbst bereits vollkommen ausgemacht, und das duplum daher leicht hergestellt werden kann: Deßwegen darf man auch nicht alle Kontrakte hieher rechnen, da die Const. nur sagt: „veluti in venditione etc.“

4) Casus incerti sind dagegen solche, welche schon an sich beim simplum nichts Bestimmtes, entweder keinen bestimmten Werth oder kein bestimmtes Objekt haben, wo also dies erst ausgemittelt werden muß, z. B. beim Besitze. fr. penult. §. ult. uti possid. (43, 14.) oder bei Obligationen in faciendo.

---

*) Giphanius, explanat. leg. diff. Cod. h. t. spricht von 13 verschiednen Ansichten. Gabr. de Gast a. a. O. Contius a. a. O. S. 488—492. Hänel, §. 84—87. Dabelow, Handbuch II. Thl. §. 166. Weber zu Höpfner, §. 968. Note 8.

5) Wo im Ersatze zugleich eine Strafe liegt, wie bei Delikten und Quasidelikten, kommt die Const. hinsichtlich der Beschränkung auf ein duplum nicht in Anwendung [1]), da von Delikten und Quasidelikten in diesem Gesetze gar nicht gesprochen wird, und in vielen Delikten die Klage auf das Drei- und Vierfache geht.

6) Eben so wenig ist sie anzuwenden, wo bei Geschäften die Erfüllung zwar geschieht, aber durch Mängel und Fehler derselben Beschädigung zugefügt wird. fr. 13. pr. §. 1, 2. de act. E. (19, 1.) fr. 19. §. 1. loc. (19, 2.) [2])

Es giebt Fälle, bei denen der ganze Ersatz auf den der Hauptsache beschränkt ist. Dies tritt vorzüglich bei Obligationen ein, welche ohne culpa unerfüllt gelassen werden. fr. 45. de contrah. emt. (18, 1.) fr. 13. pr. §. 1. de act. E. V. (19, 1.); obgleich auch da wieder Fälle vorkommen, in denen ohne Rücksicht auf culpa das volle Interesse prästirt werden muß, fr. 19. §. 1. loc. (19, 2.) [3]); auch kann der Verpflichtung zum Ersatz auf andre Weise ausgewichen werden; man erinnere sich nur an die noxae datio und vergleiche fr. 1. pr. si quadr. paup. f. d. (9, 1.).

§. 178.

Für die Bestimmung der Zeit, nach welcher das Interesse bestimmt werden soll, scheint im römischen Rechte kein durchgreifendes Princip aufgefunden werden zu können, und wir geben darüber folgende einzelne Regeln an:

1) Außer Kontraktsverhältnissen entscheidet die Zeit des schädlichen Faktum, und zwar so, daß da, wo die schädliche Wirkung fortdauert, wie beim furtum, jeder Zeitpunkt dazu angenommen werden kann. fr. 8. §. 1. de cond. furt. (13, 1.) fr. 5. fr. 6. de serv. corrupt. (11, 3.).

2) Bei allen Beschädigungen, bei denen die actio ex L. Aq.

---

1) §. 10. Inst. de leg. Aq. (4, 3.) fr. 43—45. de act. emti (19, 1.). fr. 23. pr. §. 2. ad L. Aq. Theoph. Paraph. ad §. 10. i. f. ad L. Aq. (4, 3.) in ed. Reitz, pag. 761. Contius a. a. O. pag. 492. Donellus, cap. 19. Gast. pag. 768. Charondas πιθανων verisimilium lib. I, cap. 8. in Otto thes. p. 705.

2) Contius p. 495. Magnus cap. 10.

3) v. Wening Ingenheim, Civilrecht. II. S. 30. Note V.

angestellt werden kann, kann nach dem ersten Kapitel der Lex ein Jahr, und nach dem Dritten 30 Tage rückwärts das Interesse berechnet werden. fr. 2. fr. 27. §. 5. ff. ad L. Aq. (9, 2.)

3) Ist außerdem der Werth einer bestimmten Sache versprochen, so sieht man auf den Werth zur Zeit des Versprechens. fr. 28. de novat. (46, 2.).

4) Ist ein Zahlungstermin bestimmt, so wird auf diesen gesehen. fr. 22. de reb. cred. (12, 1.) fr. 4. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 59. de Verb. Obl. (45, 1.). Vergleiche jedoch fr. 22. de obl. et act. (44, 7.).

5) Ist kein solcher Termin festgesetzt, dann richtet man sich mit der Schätzung bei bonae fid. negotiis nach der Zeit des Urtheils. fr. 3. §. 2. Commod. (13, 6.) Bei stricti juris negotiis aber und arbitrariis actionibus wird auf den Zeitpunkt der Anstellung der Klage gesehen. fr. 8. §. 1. de edendo (2, 13). fr. 11. de re jud. (42, 1.) fr. 59. de V. O. (45, 1.). fr. 4. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 12. §. 1. si quis caut. in jud. (2, 11.) fr. 22. de reb. cred. (12, 1.) fr. 37. mandati (17, 1.). Kann aber die zu schätzende Sache von einem bestimmten Zeitpunkte an keine Werthveränderung mehr erleiden, dann sieht man eben auf diesen Zeitpunkt. [1]) fr. 3. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 37. mandat. (17, 1.).

Hinsichtlich des Ortes, nach welchem die Schätzung sich richten soll, sieht man darauf, ob für die Zahlung ein Ort bestimmt ist oder nicht. Im ersten Fall richtet man sich nach diesem Ort; im zweiten Fall nach dem Ort der Klage, oder nach dem, an welchem die Leistung nach Umständen hätte geschehen müssen. fr. 22. de reb. cred. (12, 1.) fr. 4. de cond. tritic. (13, 3.) fr. 3. in fine de act. E. (19, 1.).

Die bei der mora vorkommenden eignen Grundsätze siehe Oben bei dieser Lehre.

§. 179.

Nach der gewöhnlichen Behauptung konnte ursprünglich bei negotiis stricti juris das Interesse nicht gefordert werden [2]), und

1) Valett, Pand. §. 431.
2) Thibaut, Pand. §. 189.

später erst soll für diesen Zweck eine eigne Klage, die condictio triticiaria oder triticaria gegeben worden seyn (Tit. Dig. de condict. triticiaria (13, 3.) [1]). — Allein wahrscheinlicher ist die Ansicht, daß nach der Vorliebe der Römer, ihre Klagen mit schärfenden Beisätzen zu versehen, der Zusatz triticiaria andeuten soll, die condictio gehe nicht auf eine bestimmte Geldsumme, sondern auf etwas Anders [2]). Das baare Geld bedarf keiner weitern Schätzung, heißt also in so ferne certum, bei allen andern Dingen können Taxationen nöthig werden, jedoch ist bei ihnen immer noch wegen der sichern Werthbestimmung nach einem objektiven Maaßstabe, dem Gelde, das certum vorhanden. — Wo das certum ganz fehlt, wird die condictio incerti gegeben, nur muß der Gegenstand noch immer im Ganzen bestimmt, und willkührliche arbiträre Schätzung ausgeschlossen seyn. [3]) Durch die Besonderheit der Schätzung ist diese condictio incerti von unsrer cond. triticiaria verschieden, und so ergiebt sich, daß letztere zwischen erstrer und der condictio si certum petatur in der Mitte stehe.

Ob der Ausdruck cond. triticiaria nicht auch für die incerti condictio, also für jede condictio mit Ausnahme der condictio si certum petatur gebraucht wird [4]), ist bestritten. Das fr. 1. h. t. (13, 3.) spricht nur von Fällen der incerti condictio, aber nur von solchen, deren intentio auf dare oportere geht, nämlich auf eine obligat. zur Bestellung einer Servitut. [5]) Jetzt kann aus der Natur jedes Geschäfts auf das Interesse geklagt werden. [6])

§. 180.

Die Schätzung des Interesse kann durch den Eid des Verletzten, das jusjurandum in litem geschehen. Von Alters her erklärte man

1) Versch. Theor. in Noodt Comment. l. 13. t. 3. Leyser spec. 150 Westenberg de caus. oblig. diss. 7. cap. 5. Glück, XIII. §. 843. S. 259. ff. Gans, Obligat. Recht I. §. 4.

2) Thomasius ad Huber, L. 13. t. 3. §. 1. Coccejl J. C. l. 13. t. 3 q. 1. Puffendorf t. 2. observ. 41. Thibaut, §. 189. Gans a. a. O. S. 50 56, 65 — 80, 85 — 91.

3) Mühlenbruch, Heidelb. Jahrbücher 1821, erste Hälfte. Seite 60, 61.

4) Zimmern, Gesch. d. r. Priv. Recht. Bd. 3. §. 62. nimmt dies an.

5) Gans, Oblig. S. 85 — 91. Fritz, Erläuter. II. S. 146.

6) Coccej. l. c. q. ult.

dies jusj. in litem für ein Mittel, die Größe eines durch dolus oder culpa lata und contumacia zugegangenen Schadens nach seiner Willkühr, seinen Affektionen, zu bestimmen, und nahm also stillschweigend an, daß die Römer den in's Uebermaaß geschwornen Eiden — im Grunde doch Meineiden — nichts weiter entgegenzusetzen gehabt hätten, als eine noch dazu nur aus besondern Motiven gegründete Moderation des Richters.

Wenn auch Einige wenige, wie Thibaut, gegen ein in Anschlagbringen von Affektionen bei diesem Schwure eiferten, so kam es doch nicht zu einer durchgreifenden Reform der Ansichten. Erst der neuern Zeit war es vorbehalten, den richtigen Begriff und die Grenzen dieses juramentum zu bestimmen, indem man anfing es wieder mit dem römischen Klagensystem, nach Vorgang von Donellus und auch der französischen Juristen des 17ten Jahrhunderts, in Verbindung zu bringen. *)

Nach v. Vangerow ist 1) dem wahren Begriff nach das juramentum in litem der Eid, durch welchen der Kläger bei actiones arbitrariae oder solchen bonae fidei actiones, die auf ein restituere oder exhibere gerichtet sind, den Werth des Streitgegenstandes und sein Interesse schätzt, wenn der zum Restituiren oder Exhibiren angehaltene Beklagte diesem Urtheil entweder aus Ungehorsam nicht nachkommt, oder vermöge seines dolus oder culpa lata nicht nachzukommen im Stande ist. Vergl. fr. 1, 2, 4. §. 4. fr. 5. pr. §. 4. fr. 6. h. t. fr. 68. de R. V. fr. 7. si servit. vindicetur. (8, 5.) fr. 16. §. 3. fr. 21. §. 3. de pignor. (20, 1.) fr. 18. pr. de dolo malo (4, 3.). fr. 25. §. 1. sol. matr. (24, 3.) Bei bonae fidei actiones den Eid allgemein wegen

---

*) v. Vangerow, Leitfaden §. 171 Anm. Donellus comm. j. c. l. XXVI. cap. 6—12. Lauterbach, disput de jurejur. in litem in Coll. disp. vol. 2. no: 144. Weber, Beweisführung §. 46. F. L. Meyer, dissert. de jurejur. in lit. Götting. 1805. Wirschinger, Theorie über jur. in lit. Landshut 1806. Schömann, Lehre vom Schadensersatz. Thl. 2. S. 150—158. Glück, Komment. Thl. 12. §. 813. Drummer, Theorie des Würderungseides. Bamb. 1806. Müller, über den Schätzungseid, Jena 1806. Hänel, Schadensersatz, §. 92. ff. Gensler im Archiv für c. Pr. IV. 22. Gesterding, Nachforschungen I. No. 2. Hasse, d. J. im rhein. Mus. VI. S. 27. ff. S. 179. ff. v. Schröter, in d. Gießner Zeitschrift VII. S. 356. ff. VIII. S. 159. 160. Fritz, Erläutr. II. Bd. S. 92. ff. Mühlenbruch, Pandektenrecht, §. 369.

dolus und culpa lata zuzulassen, etwa wegen fr. 5. pr. h. t. und fr. 3. §. 2. commod., ist irrig, a) wegen fr. 68. de R. V., in welchem ausdrücklich die Klage auf das restituere als Bedingung des Eides genannt wird. Vergl. fr. 25. §. 1. sol. matr., b) wegen fr. 5. pr. depos. (16, 3.), in welchem bei der actio depositi contraria das juram. in litem ausdrücklich abgesprochen wird, nach der richtigen Ansicht, weil sie auf kein restituere geht. c) Außerdem gehen auch alle b. f. actiones, bei denen in den Quellen das juram. in litem erwähnt wird, auf ein restituere [1]. d) fr. 5. h. t. widerspricht nicht, sondern sagt nur, daß es auch b. f. actiones giebt, bei denen der Eid anzuwenden ist; eben so wenig fr. 3. §. 2. commod., denn das Gewicht ist auf similiter zu legen, wodurch wir den Satz haben, daß das juram. in litem auch bei andern b. f. actiones Platz greife, wenn dieselben, ähnlich wie die a. commodati, auf ein restituere gerichtet sind.

Daß also bei solchen Klagen, die auf ein tradere gerichtet sind, von dem Eide keine Rede seyn kann, folgt natürlich daraus. [2])

2) Bei actiones stricti juris wird auch ein juram. in litem erwähnt, doch muß dies wegen der strengeren Natur solcher Klagen, die eine Selbstschätzung nicht gestattet, theils aber auch schon deßhalb, weil die Klage hier auf kein restituere geht, von einer ganz andern Natur seyn. [3])

Wenn nämlich dem Richter die litis aestimatio unmöglich ist, weil z. B. der Streitgegenstand gar nicht mehr existirt, und diese Unmöglichkeit durch eine culpa des Verklagten herbeigeführt ist, so darf der judex als subsidiäres Beweismittel auch den Eid des Klägers gebrauchen. fr. 5. §. 4. fr. 6 h. t. Und dieses juram in litem allein kann bei dem damnum injuria datum vorkommen, und daß es allgemein blos dolus und culpa lata voraussetze, ist darum unrichtig, weil die actio L. Aquiliae eine a stricti juris ist und auf kein restituere geht.

Bereits aus dem Oben von den Affektionen Gesagten geht hervor, daß es sich auch bei diesem Eide blos um das gemeine Inte-

1) v. Vangerow a. a. O. §. 171. Anm. 1, c zählt die Stellen auf. Vergl. Fritz Erläuter. II. S. 94 ff.

2) S. dagegen Glück a. a. O. S. 417.

3) Fritz, Erläuter. S. 96.

resse und nicht um Affektionen handeln könne, denn warum sollen sich hier auf einmal wegen des Beweismittels die Grundsätze über den Ersatz ändern [1]? Zwar gehen Richter und der Klagende von verschiednen Gesichtspunkten aus, und werden auch darum oft zu verschiednen Resultaten gelangen; darum aber eben haben die Gesetze dem Richter ein Moderationsrecht gegeben, für das ihm jeder Maaßstab fehlen würde, wenn der Affektionswerth in Anschlag käme. [2])

Das fr. 5. §. 1. ne quis eum und C. 2. Cod h. t. widersprechen nicht, das darin vorkommende veritas bezeichnet nur den objektiven Werth im Gegensatz der natürlich parteiischen Schätzung des Klägers, ebenso wie fr. 8. h. t. fr. 16. §. 3. de pignor. (20, 1.). — Natürlich ist, daß der Kläger sein Interesse so hoch als möglich anschlägt, ohne daß man ihn deswegen zu berechtigen braucht, etwaige Affektionen zu berechnen, und dies nur drückt fr. 1. h. t. aus. Wenn endlich in fr. 4. §. 2. h. t. gesagt ist, in infinitum jurare licet, so heißt dies wohl nichts anders, als er kann den Geldwerth ganz unbeschränkt, ohne daß der Richter vorher ein maximum setzt, so hoch anschlagen, als es sich nur mit seiner Ueberzeugung verträgt.

Daß also nach alle dem von einer Eintheilung in jusjurandum in litem veritatis und affectionis [3]) nicht die Rede seyn könne, leuchtet ein, sondern es giebt, wenn man diesen Ausdruck annehmen will, blos ein jusjur. in lit. veritatis.

Man wollte aus fr. 5. §. 4. h. t. ableiten, daß ein solcher Eid wenigstens in subsidium vorkomme könne, wenn eine Beschädigung auch nur culpa levi geschehen, allein dies fr. redet blos von actiones stricti juris im Oben angegebenen Sinne, und die C. 3. Cod. de rebus cred. (4, 1.), auf die sich die gegentheilige Ansicht ebenfalls stützt, spricht nur vom Ergänzungseid.

Das sogenannte jusjurandum Zenonianum (Zeno in Const. 9. Cod. unde vi (8, 4.)) bei gewaltsamer Besitzentsetzung unter-

---

1) Thibaut, §. 188. V. Eck, de septem legibus damnatis pandect. cap. 1. §. 3.

2) A. M. Fritz, a. a. O. S. 99 ff.

3) S. Weber a. a. O. Glück a. a. O. S. 429 ff. nehmen sie an. Dagegen v. Schröter a. a. O. S. 395 ff. Mühlenbruch a. a. O. §. 369, 7.

scheidet sich blos in Einer Beziehung von dem gewöhnlichen jusjur. in litem, daß nämlich es gegen die Regel immer blos in subsidium, wenn keine andern Beweismittel vorhanden sind, zugelassen wird, und dabei immer eine taxatio judicis vorkommt, C. 9. cit. [1]); in allem Andern folgte es denselben Grundsätzen wie das jusj. in litem, die wir näher angeben werden.

a) Immer hat der Richter über die Zulässigkeit dieses Eides zu entscheiden. [2]) fr 4. §. 1. h. t. Jetzt sagt man, er deferire den Eid. Im Allgemeinen aber ist es der Willkühr des Verletzten überlassen, ob er den Eid schwören oder die Größe des Schadens durch andere Beweismittel darthun will; nur als jusjur. Zenonianum ist er, wie bemerkt, nur subsidiär.

b) So ferne es sich um die Bestimmung des Interesse handelt, genügt der Beweis der schädlichen Handlung, also namentlich der contumacia, und wird nicht der besondere Beweis vorausgesetzt, daß man dadurch auch Schaden litt, denn der Eid bezieht sich auf Daseyn und Größe des Schadens. fr. 10. h. t. fr. 7. pr. de admin. tut. (26, 7.) In Bezug auf das jusjur. Zenon. genügt also auch der Beweis der gewaltsamen Dejektion und geht dann der Eid sofort auf das Interesse. C. 9. Cod. cit.

c) Der Richter **kann** nach seinem Ermessen im Voraus ein Maaß bestimmen, über das hinaus nicht geschworen werden darf. fr. 4. §. 2. fr. 5. §. 1. h. t. (12, 3.) fr. 18. de dolo malo. fr. 3. §. 2. D. ad exhibendum (10, 4.) Const. ult. §. 14. Cod. de jure deliber. (6, 30.) [3]) Beim jusjur. Zenon. **muß** immer eine taxatio judicis vorkommen. — Er kann ferner aus erheblichen Gründen, namentlich, wenn nachmals evidente Beweise entdeckt werden, das beschworene Quantum herabsetzen. fr. 4. §. 3. fr. 5. §. 2. h. t. fr. 3. §. 2. ad exhibendum. (10, 4.)

d) Nur der dominus litis, sey er auch nicht Eigenthümer des Streitgegenstandes, kann zu diesem Eide zugelassen werden. fr. 7. D. h. t. (12, 3.) fr. 16. §. 3. de pignor. (20, 1.) fr. 64.

---

1) v. Schröter a. a. O. S. 407 ff.

2) A. M. Vinnius sel. quaest. L. 1. cap. 45.

3) Ueber den Widerspruch dieser Stellen v. Schröter a. a. O. S. 406. Glück, §. 817. Schulting und Schmallenburg not. ad. Dig. tom. II. p. 405.

pr. de judiciis (5, 1.); der Vormund darf ihn ebenfalls schwören, wenn er will, und Etwas von der Sache wissen kann. fr. 4. h. t.; und jetzt also auch natürlich die Mutter als Vormünderin, nicht entgegen steht fr. 4. pr. h. t. i. f. Const. 1. Cod. quando mulier tut. off. fungi (3, 35.) [1]; auch schon immer der Prokurator unter denselben Voraussetzungen, wenn er zugleich dominus litis geworden ist. Const. 22, 23. Cod. de procur. (2, 13.) fr. 4. §. 5. D. de appell. (49, 1.) [2].

Es versteht sich von selbst, daß dem Verletzenden nach den Grundsätzen über die culpa überhaupt dieser Grad des Verfahrens muß imputirt werden können [3].

Justinians C. un. Cod de sententiis, quae pro eo, quod interest, bezieht sich auch auf die Fälle, in denen der Würderungseid zugelassen wird; er darf also jetzt das Doppelte des objektiven Werths nicht überschreiten. [4]

---

1) Glück, Thl. 12. S. 451. N. 97. Wernher observ. for. t. 1. observ. 151. no. 325 ff. Berger resolut. leg. obst l. 12. t. 3. q. 1. Coccej. J. C. l. 12. t. 3. q. 2. A. M. Voet l. 12. t. 3. §. 3. Wirschinger, neue Theorie über d. jur. in lit. §. 75. S. 139. Note c.

2) A. M. wegen fr. 7. D. de in lit. jur. ist Glück. Thl. 12. S. 448. Note 87. Struv. Synt. et Müller ad eund. exerc. 17. th. 16. Not. s. Nach der Behauptung des Letztern soll die Praxis einen Prokurator mit specieller Vollmacht zulassen. Valett, Pand. §. 432.

3) Thibaut, §. 188. I.

4) Mühlenbruch a. a. O. §. 370. Fritz a. a. O. S. 104. Ueber die Zuläßigkeit des Eides bei Geld und beweglichen oder unbeweglichen Sachen siehe Fritz a. a. O. S. 97.

§. 181.

Anhang.

Von den Rechtsmitteln zur Erlangung des Schadensersatzes.

a) Nach natürlichen Principien.

Für alle möglichen Fälle, in denen Rechte verletzt werden, auch Mittel zu bestimmen, wodurch der Ersatz verlangt werden kann, ist eine Forderung, die auf die vernünftigsten Gründe gebaut und aus dem Wesen des Rechtes und der Gesetzgebung selbst abgeleitet ist. Eben so wichtig ist es aber auch, nicht ohne Noth diese Mittel zu vermehren, sondern den allgemeinen Schutz auf die einfachste Weise angedeihen zu lassen. Aus der richtigen Vereinung dieser zwei Principe, die wohl überhaupt für die Festsetzung aller Rechtsmittel gültig seyn dürften, ergeben sich folgende Regeln:

1) Wo in Vertragsverhältnissen eine Beschädigung entsteht, welche ein Recht auf Ersatz giebt, da kann dieser durch die Kontraktsklage selbst verlangt werden, und zwar jedesmal ohne Ausnahme, da wir nach natürlichen Principien keine Grade der culpa angenommen haben. (S. Oben §. 47.)

2) Wird außer Vertragsverhältnissen neben dem Rechte auf eine Hauptsache auch noch als Nebensache Entschädigung verlangt, so kann dies mit der nämlichen Klage geschehen, welche der Hauptsache wegen angestellt wird. So z. B. bei der Eigenthumsklage, Spolienklage 2c.

3) In allen andern Fällen, bei denen der zugefügte Schaden selbst die Hauptsache ausmacht, wird ohne Unterschied, da wir immer das Vorhandenseyn einer Widerrechtlichkeit voraussetzen, wenn das Recht auf Ersatz entstehen soll, und außerdem auch bei Verbrechen nur die privatrechtliche Folge — den reinen Ersatz und keine Strafe, (es versteht sich, daß wir hier blos von civilrechtlichen Wir-

kungen sprechen), berücksichtigen: eine eigne Klage gegeben, die nach ihrer Natur den allgemeinen Namen: „Klage auf Schadensersatz" führen mag.

§. 182.

b) Nach römischen Gesetzen.

Schon im Voraus wird man aus dem bisher Gesagten überzeugt seyn, daß das römische Recht hievon bedeutend abweichen müsse. Doch ist eben so gewiß, daß dasselbe genügend und hinreichend für alle Fälle gesorgt und das Recht des Ersatzes ganz besonders geschützt habe. Die Entschädigung kann demnach verlangt werden:

1) In den Vertragsverhältnissen durch die für Kontrakte festgesetzten Rechtsmittel, indeß nur so weit, als man aus dem Kontrakte zur Prästation einer Schuld verbunden ist. Wer daher in einem Kontrakte nur für culpa lata einsteht, kann auch rücksichtlich der positiven culpa mit der Kontraktsklage nicht weiter als wegen einer culpa lata belangt werden. fr. 5. §. 2. Commod. (13, 6.) fr. 18. pr. eod. fr. 35. §. 4. fr. 68. pr. de contr. emt. vend. (18, 1.) fr. 57. loc. (19, 2.).

2) Jede positive Beschädigung, jedes schädliche Thun aber überhaupt, es sey in oder außer Kontrakten, so ferne es widerrechtlich geschieht und von einem Menschen herrührt, auch aus der Handlung kein besonderes Verbrechen entsteht, wird durch die actio ex L. Aquilia vindicirt, daher auch bei Kontrakten da, wo wegen eines geringeren Grades des Versehens (in wie weit positive culpa vorhanden ist) als im Kontrakte prästirt wird, die Kontraktsklage ohne Wirkung wäre, dennoch die actio ex L. Aq. zum Ersatze verhelfen kann. Außerdem aber ist es gleichgültig, ob man ex L. Aq. oder aus dem Kontrakte selbst klagen will. *) fr. 57. locat. (19, 2.) fr. 43. fr. 17. ad L. Aq. (9, 2.) fr. 17. §. 3. in f. Commod. (13, 6.) fr. 31. de pign. act. (13, 7.) fr. 18. §. 9. de damno infect. (39, 2.).

Die actio ex L. Aq. ist entweder actio directa, wenn corpore corpori, oder utilis, wenn blos corpori geschadet wurde, oder endlich entsteht eine actio in factum praetoria, wenn auf

---

*) Schömann, Lehrbuch des Schadensersatzes, Vorrede zum zweiten Theil.

eine andre Art als durch körperliche Verletzung ein Schaden entstand. fr. 2. fr. 51. pr. 6. ad. L. Aq. (9, 2.) §. 10. Inst. de L. Aq. (4, 3.) fr. 11. de praesc. verb. (19, 5.) fr. 33. §. 1. fr. 49. pr. ad L. Aq.

3) Gültig ist es auch im römischen Rechte, daß da, wo außer Kontrakten wegen einer Hauptsache Klage gestellt wird, durch die nämliche Klage auch der Ersatz des zugegangenen Schadens oder das Interesse verlangt werden kann. So geschieht dies bei der rei vindicatio. fr. 10. u. 11. fr. 20. fr. 27. §. 5. fr. 36. pr. de rei vind. (6, 1.); so bei der hereditatis petitio. fr. 25. §. 2. her. pet. (5, 3.).

4) Ist durch ein Verbrechen Schaden entstanden, so kann der Ersatz durch jene Klage gefordert werden, welche eigens hinsichtlich dieses Verbrechens gegeben ist. So beim furtum oder Raub durch actio furti, actio de vi bonorum raptorum etc.

5) Außerdem aber giebt es noch viele besondre Rechtsmittel, die zum Ersatze verhelfen, die sich nicht unter eine allgemeine Rubrik stellen lassen, und daher besonders aufgezählt werden müssen. Da es indessen zu weit führen würde, überall den Charakter der Klage und alle ihre Besonderheiten darzustellen, dies auch zum Theile bei Gelegenheit der einzelnen Lehren schon geschehen ist, so begnügen wir Uns, was auch für unsre Aufgabe hinreichen dürfte, mit der blosen Anzeige der vorzüglichsten.

§. 183.

Hieher gehören:

Die *actio noxalis* bei den durch Sklaven zugegangenen Beschädigungen. fr. 1. fr. 4. §. 2, 3. fr. 12. de nox. act. (9, 4.) Siehe Oben §. 70.

Die *actio de pastu*, wegen widerrechtlicher Einlassung des Viehes auf fremden Grund. Siehe Oben §. 70.

Die *actio de pauperie*. S. O. §. 70.

Die *actio in factum ob non praestatam cautionem damni infecti*, das Interd. ex fr. 7. in f. D. de damno infect. und die actio ex stipulata damni inf. Siehe Oben §. 72.

Die *actio de dolo*, wo immer durch Betrug Jemand beschädigt worden, und derselbe sonst keine andre Klage hat. fr. 1. §. 1. u. 4. fr. 5, 6, 7. fr. 15. §. 3. de dolo malo (4, 3.). S. Oben §. 61.

Die *actio, quod metus causa*, wenn man durch Drohung erschreckt einen Schaden erlitt. fr. 3. fr. 12, quod metus causa (4, 2.). S. Oben §. 61.

Die *actio de syndicatu*, wenn durch ein ungerechtes Verfahren des Richters Schaden zugieng. fr. 15. § 1. de jud. (5, 1.) Proem. Inst. de obl.quae quas. ex del. (4, 5.). S. Oben §. 130.

Die *actio in factum de dejectis vel effusis*. Siehe Oben §. 67.

Die *actio in factum de damno in navi, caupona vel stabulo dato*. Siehe Oben §. 136, actio in factum de receptis. §. 139.

Die *actio in factum, si mensor falsum modum dixerit*. fr. 1. proem. fr. 5. §. 2. fr. 6, 7. si mensor falsum mod. (11, 6.). S. Oben §. 135.

Die *actio in factum propt. alien. judicii mutandi causa fact.* fr. 1. proem. §. 1. fr. 2. fr. 8. §. 3. fr. 4. §. 5. de alien. jud. mut. (4, 7.) S. Oben §. 64.

Die *actio viae receptae vel rejectae*, wenn Jemand verursacht, daß der Weg, welcher sonst anderswo durchführte, nun durch eines Andern Grundstück genommen werden muß. fr. 3. de via publ. (43, 10.). S. Oben §. 64.

Die *actio aquae pluviae arcendae*. S. Oben §. 63. *)

Hieher gehören auch die Geldklagen in Ehrensachen. §. 7. Inst. de injuriis. (4, 4.); die *condictio indebiti*. T. D. de cond. indeb. (12, 6.) T. Cod. eod. (4, 8.)

Die Rechtsmittel des *aedilitii Edicti*. T. D. de aedil. edicto (21, 1.). T. Cod. de aed. act. (4, 52.).

Die *condictio furtiva*. S. Oben §. 62.

Die *actio de servo corrupto*. S. Oben §. 66.

---

*) Romagnosi della condotta delle acque. Flor. 1833 et ragion civile delle acque. Flor. 1834. Elvers, d. Recht d. Wasserlaufes. Gött. 1841. S. 85 ff.

Das *Interdictum quod vi aut clam.* S. Oben §. 63.

Die Oben bei der Lehre von den Verwendungen behandelten Rechtsmittel. Und andre mehr.

Endlich gehören hieher alle Aktionen, welche man allgemein unter der actio in factum begreift, und die auf dem Grundsatze beruhen, daß man mit dem Schaden eines Andern sich nicht bereichern soll, wohin auch wohl die condictio triticiaria gerechnet wird.*) Außerdem kann natürlich die Retention und Kompensation ein Mittel werden, seinen Schaden ersetzt zu erhalten, so wie die Einrede vor dem Verluste wahren kann.

---

*) Schmidt, von den gerichtl. Klagen und Einreden, §. 1340 — 1438.



Druckfehler.

Seite.	Zeile.		
17	5	v. Ob.	annalogisch statt analogisch.
22	4	v. Unt.	Crtminal — Criminal.
24	5	v. Ob.	erreichbar macht statt err. machen.
26	10	—	das Komma nach damnum wegzulassen.
—	12	v. U.	preaestare statt praestare.
28	11	v. O.	pratrimonii — patrimonii.
29	19	—	agat. Labeo — agat, Labeo.
34	1	v. U.	dies Thibaut, ist dies wegzulassen.
38	2	v. U.	cond. et dem. statt de cond.
39	7	v. U.	wenigst statt wenigstens.
42	2	v. U.	Cujatz — Cujac.
44	18	v. O.	interest. selbst statt interest, selbst.
—	5	v. U.	Lautenbach — Lauterbach.
48	10	v. O.	erit. quom. — erit, quom.
—	28	—	sed. rectius — sed rectius.
54	8	—	propositu statt proposito
58	3	—	Erbasser — Erblasser.
—	17	—	Cujatz — Cujac.
—	18	—	lodicum — codicum.
63	1	v. U.	trar statt trov.
64	4	—	Bucher statt Bucher.
67	4	—	Bach. — Bachov.
70	18	v. O.	daher — unser.
73	6	v. O.	quadriennis statt quadrienii.
75	10	—	aequitatae — aequitate.
—	17	—	werden statt worden seyn.
80	6	—	hierher — hierher ist zu.
83	14	—	kaun — kann.
87	7	—	Gegebnen statt gegebnen.
88	1	v. U.	Thl. 1 culpa statt Theor. d. culpa.
91	21	v. O.	bestimmt statt nicht bestimmt.
92	12	—	in statt in.
94	1	v. U.	voc statt sub voc.
95	4	—	oder — oder eine.

Seite.	Zeile.		
103	5	v. U.	Acurſius ſtatt Accurſius.
105	25	v. O.	Ereo. — Exerc.
106	2	v. U.	Donelli — Donells.
110	6	v. O.	Lex ſtatt leg.
114	7	v. U.	Vorrede ſtatt Vorrede.
120	4	—	abigent — abigeat.
121	2	—	Modai — Madai.
124	2	—	Bergl. — Vergl.
137	2	v. O.	2) ſtatt und.
—	7	v. U.	überall ſtatt über alle.
138	7	v. O.	rei ſtatt vi.
139	1	v. U.	in deleatur.
140	7	v. O.	de communi dividendo ſtatt communi dividundo.
149	2	v. U.	hotis ſtatt notis.
151	12	v. O.	Erörterurg ſtatt Erörterung.
153	8	v. U.	pauperium — pauperiem.
—	6	—	Janiu a. C. — Janus a. C.
—	9	—	soc. ſtatt sub voc.
158	17	v. O.	Jniſſion ſtatt Jmmiſſion.
161	20	—	feſtſetzte fehlt das Punktum.
165	8	v. U.	reliquendo ſtatt relinqnendo.
168	17	v. O.	welche ſtatt welches.
169	23	—	posse quam ſtatt quem.
171	29	—	gleichgüiiig — gleichgültig.
174	1	—	weis ſtatt weiß.
178	1	v. U.	del. — Del.
184	4	—	emt, vend ſtatt de emt. et vend.
185	1	v. O.	nenden ſtatt nendem.
191	4	—	Mallville — Maleville.
—	10	v. U.	perperam fuerit ſtatt perperam usus fuerit.
192	7	v. O.	ſchuldvoller ſtatt ſchuldvoller.
—	16	—	können ſtatt könne.
195	5	—	geanhdet ſtatt geahndet.
197	24	—	enthält. das ſtatt enthält das.
—	7	v. U.	Godofroi ſtatt Godefroi.
204	11	—	modicam — modicum.
206	7	v. O.	sricti ſtatt stricti.
211	19	—	nach del.
217	1	v. O.	Bei ſtatt bei.
226	2	—	benef — benef.
233	10	v. U.	Coccej. ſtatt Cocceji.
235	1	—	publicarum ſtatt pnblicarum.
237	16	v. O.	dies ſtatt daß
237	22	v. O.	dienen, ſtatt dienen.
238	4	—	receptum ſtatt recepto.

Seite.	Zeile.		
238	5	v. U.	Puffendorf — Pufendorf.
239	III.		Verbindlich werden statt Verbindlich-werden.
241	4	—	pcenit statt poenit.
245	13	—	fulpose — fulpos.
247	13	v. O.	per v. — per. et.
250	22	—	Wenn dieser statt Wann dieser.
251	3	—	ihren statt ihrem.
251	24	—	andrer — andern.
—	2	v. U.	demercire statt deperire.
255	16	v. O.	pcr statt per.
260	8	v. U.	Balett. statt Balett,
262	2	v. O.	gilt statt gesagt ist, gilt.
265	22	—	Verbindlichleit statt Verbindlichkeit.
267	21	—	in subsidio — in subsidium.
269	2	—	tutetae statt tutelae.
272	1	—	pil statt Pii.
277	20	—	fideijuss. statt fidejuss.
281	13	—	stabula — stabulo.
282	25	—	Schömann statt Schöman.
285	25	—	adicrit statt adierit.

